VOLUME III.

TEMI ALEMANNA CONTEM…

GUIDA
ALL'ARTE DELLA DIFESA C…

DEL PROFESSORE
G. I. A. MITTERMA…

PRIMA VERSIONE ITALIANA
DI
C. F. G. ABCA…

VOLUME UNICO
di fogli 20 a cent. 20 — AL. 4

MILANO E VERONA
STABILIMENTO CIVELLI GI…
1858

TEMI ALEMANNA CONTEMPORANEA

VOLUME TERZO

GUIDA
ALL' ARTE DELLA DIFESA CRIMINALE

NEL PROCESSO PENALE TEDESCO
E NEL PROCESSO PUBBLICO ED ORALE

CON RIGUARDO ALLE DIFESE TENUTE DAVANTI AI GIURATI

DEL DOTTOR

C. J. A. MITTERMAIER

CONSIGLIERE INTIMO E PROFESSORE DI DIRITTO IN HEIDELBERG

PRIMA VERSIONE ITALIANA

per cura

DI C. F. GABBA

ESEGUITA SULLA QUARTA EDIZIONE TEDESCA
ARRICCHITA DI NUOVE AGGIUNTE E DI UNA NUOVA PREFAZIONE DELL' AUTORE
E CORREDATA DI NOTE E DI UNA PREFAZIONE DEL TRADUTTORE

VOLUME UNICO

MILANO E VERONA
STABILIMENTO CIVELLI GIUSEPPE
1858.

AVVERTIMENTO

L'interesse ridestatosi fra noi per la Difesa criminale, grazie all'ammissione dei Difensori nel nuovo Regolamento austriaco di procedura penale del 29 Luglio 1853, che attualmente ci regge, incoraggia i nostri Giureconsulti che le si dedicano, a farne oggetto di studj speciali. Se si cercano i mezzi onde condurre questi studj, trovansi consistere specialmente nella attenta lettura delle migliori opere che furono scritte intorno alla istituzione della Difesa criminale, ed all'esercizio dell'ufficio di difensore. Ciò posto, non v'ha dubbio, che la *Guida all'arte della difesa criminale* di Mittermaier non sia da raccomandarsi fra le prime ai criminali difensore. Il nome dell'autore è per sè solo sufficiente guarentigia della bontà e dell'utilità di quest'opera, sicchè è appena necessario soggiungare, che nell'originale tedesco ella si ebbe quattro edizioni.

Da questi pensieri noi fummo guidati nel porci alla presente versione a comodo di quei lettori italiani, che non preferiscano leggere l'originale. Così l' intenzione colla quale abbiamo intrapreso tale lavoro ci varrà sempre di raccomandazione presso il pubblico, qualunque ne sia poi il merito intrinseco.

Comunicammo il nostro divisamento allo stesso Mittermaier, chiedendogli il suo consenso, e nello stesso tempo supplicandolo di quelle aggiunte o modificazioni, che per avventura egli giudicasse opportuno introdurre nell'opera sua nell'occasione di essere recata in italiano. La risposta che ebbimo di Mittermaier fu graziosa e cordiale, siccome è sempre il contegno di quest'uomo insigne con tutti coloro che hanno rapporti scientifici con lui. Ci disse approvar egli il pensiero di offrire agli Italiani tradotta la sua *Guida all'arte della difesa criminale:* sperar egli che quest'opera sia per produrre qualche vantaggio in Italia, siccome ne ha prodotto qualcuno in Alemagna. Aggiunse, che manderebbe volontieri modificazioni ed aggiunte all' originale tedesco, onde porre il contenuto dell'opera in corrispondenza colle mutazioni sopraggiunte dopo l'ultima

edizione di essa, in molte legislazioni d'Europa, ed in particolare, coi bisogni di un pubblico italiano, e colle recenti innovazioni della procedura penale nel Regno Lombardo-Veneto.

Queste modificazioni ed aggiunte furono realmente inviate dall'Autore e messe a profitto nell'elaborare la presente versione. Così il volume che pubblichiamo contiene quanto vi ha nella ultima edizione tedesca di questa *Guida,* comparsa a Ratisbona nel 1845, più le modificazioni ed aggiunte che Mittermaier vi introdusse a vantaggio della traduzione italiana (1).

Il Traduttore poi, dietro consiglio dello stesso Mittermaier, ha aumentato ancora del proprio l'originale dell'Autore, aggiungendovi quà e là, dove sembravano opportune, delle note dirette ad avvicinare e raffrontare i suggerimenti teorici contenuti nel testo, colle disposizioni positive delle leggi processuali penali austriache che vigono attualmente nel Regno Lombardo-Veneto. Queste note sono contraddistinte coll' iniziale del cognome del Traduttore.

(1) Le nuove aggiunte di Mittermaier consistono quando in passi intercalati nel testo, quando in intieri paragrafi. E gli uni e gli altri sono racchiusi fra doppio segno = onde contraddistinguerli.

PREFAZIONE DELL' AUTORE

ALLA QUARTA EDIZIONE TEDESCA

I grandi progressi della legislazione penale, e delle vedute intorno al criminal processo in tempi a noi vicini, diedero anche alla Difesa una più degna posizione, e mostrarono la sua importanza. Il più largo campo concesso dalle moderne legislazioni all'arbitrio dei Giudici nella applicazione delle pene ha renduto altresì più difficile l' ufficio del Difensore. La convinzione diventata sempre più generale fra i legislatori, che le sentenze penali allora soltanto possono godere dell' universale fiducia, quando vi ha persuasione fra i cittadini che siasi agevolata all' imputato in ogni possibile modo la sua difesa, ha rese più larghe le attribuzioni dei difensori. Oltracciò, non essendovi ormai più alcun dubbio nella scienza, che il processo penale, non può soddisfare le più fondate esigenze della giustizia, ove non sia costrutto sulla base della oralità, pubblicità, e del principio d'accusa, i difensori d'oggidì veggonsi aperta dinanzi una più bella carriera, e l'opera loro assume un affatto nuovo indirizzo. Il regolamento processuale penale badese, il quale si mostra governato da tali principii, darà luogo in Germania a molte e pronte imitazioni, per cui l'importanza della Difesa, inseparabile dal processo orale, salirà più alto. L'annunzio dell'editore, che la 3.a edizione della *Guida all'arte della difesa criminale*, comparsa nel 1828, è completamente esaurita, mosse l'Autore ad elaborarne una quarta, tenendo conto degli anzidetti riguardi. Conseguenza del quale proposito si fu una totale rifusione dell' opera. Volevansi in ogni punto accomodare i principii e le regole proposte ai difensori, ai progressi della scienza e della legislazione, aggiungendo inoltre molte vedute e proposizioni affatto nuove. Principalmente importava di sviluppare la Difesa, si trova diventa necessaria nel processo accusatorio orale, tenendo però conto delle due differenti circostanze, che il difensore debba esporre davanti a Giudici giurisperiti, op-

pure davanti a Giurati. Posteriormente alla comparsa della terza edizione l'Autore stesso trovossi nell'opportunità di esporre davanti al Giurì in un ragguardevole caso criminale, laonde potè raccogliere nell' esperienza i veri caratteri di cotal genere di difese. Inoltre la partecipazione alle discussioni parlamentari dall' anno 1831 fino all' anno 1840 diedero al medesimo nuove occasioni non meno belle di impratichirsi dell' indole dei discorsi in pubblico, e di poter quindi eziandio porgere consigli ad altri che si voglia predisporre ai medesimi. Ciò che il sig. Professore Hepp fece in servizio dell'arte di parlare in pubblico in cause penali, coi suoi lavori inseriti nel Giornale di Jagemann e di Nöllner, si è già adoperato di fare l'Autore della presente opera fin dal 1820 in Bonn, e successivamente in questa Università nei corsi estivi intorno alla pratica del diritto criminale. L' esperienzà ha convinto l'autore dell' utilità di questa Guida, ed ora egli desidera, che questa nuova edizione di un' opera fin qui bene accetta al Pubblico contribuisca ancor più a far sì, che l'istituto della difesa, raggiunga dovunque viemeglio il suo scopo.

Heidelberg, 28 *marzo* 1845.

MITTERMAYER.

NUOVA PREFAZIONE DELL'AUTORE ALLA PRESENTE EDIZIONE

L'alta importanza della difesa nel processo penale dopo l'introduzione delle forme accusatorie orali venne segnatamente compresa in Germania ed in Italia. Finchè fu in vigore il processo inquisitorio scritto e segreto il difensore non veniva ammesso che dopo la chiusura del processo, prima che gli atti venissero spediti al Giudizio decidente, e l'opera sua limitavasi a compendiare gli argomentidi difesa in una scrittura difensionale, attenendosi agli atti dell'inquisizione, senza alcun previo colloquio coll'imputato, e senza aver nemmeno davanti a sè un atto d'accusa. Egli non sapeva nemmeno con certezza, quanto ed in qual modo della sua scrittura perverrebbe alla cognizione dei Giudici. Nel processo accusatorio orale la condizione del difensore si è molto migliorata. Benchè non sia ancora oggidì generalmente accordato l'intervento del difensore nell' inquisizione preparatoria, però suolsi accordare un difensore non appena fu ammessa l'accusa, e per cui l'accusato è mandato davanti all'assisa ; e l'elezione di esso non ispetta al Giudizio che allorquando l'imputato non l' abbia fatta. Il difensore si presenta alla trattazione orale bene apparecchiato, avendo campo di studiar prima attentamente gli atti e di abboccarsi coll'imputato. Siccome poi egli scorge dall'atto d'accusa di qual crimine il suo cliente venga detto colpevole, e quali testimonii e periti il pubblico accusatore intenda produrre, il successo di sua difesa fassi tanto più sicuro per l' opportunità di raccogliere materiali onde confutare le prove di imputazione, e di produrre prove di discolpa d'ogni natura. Alla trattazione pubblica ed orale il difensore è presente ; ogni prova viene condotta e messa a profitto dinanzi a lui, e gli è lecito muovere interrogazioni, avvertire commesse irregolarità, e far proposte nell'interesse della difesa, citando, per esempio nuovi testimonii e periti. Alla fine egli sente le proposizioni dell'accusatore pubblico, le può diffusamente confutare, ed ha il privilegio di parlare per l' ultimo.

In questo modo è assicurata al difensore una grande influenza nella procedura, dalla perizia di costui dipende spesse volte la sorte dell'accusato, e si può dire con buon fondamento, che sovente, se l'imputato viene a torto o troppo gravemente punito, la colpa di ciò ricade tutta sul solo difensore.

Che se l'ufficio del difensore divenne molto più influente nel moderno processo, che non era nelle antiche forme processuali, anche più grave di prima egli si è fatto. Oggidì il difensore si trova di fronte il Procuratore di Stato, il quale, e per l'alta sua posizione, e pei copiosi mezzi di cui può disporre, ha su di lui una sensibile prevalenza. Oltracciò non pochi difensori che imperfettamente comprendono lo spirito delle nuove procedure, si pensano di aver fatto abbastanza il debito loro, recitando alla chiusura delle trattazioni un cosidetto discorso di difesa, il quale è poi non di rado insufficiente allo scopo e per difetto di esperienza, e per una malintesa eloquenza, che più si cura dei fiori rettorici che del sostanziale intento di giovare all'imputato. Un abile difensore nel procedimento orale pubblico abbisogna di grandi qualità. Egli debbe aver coraggio onde opporsi energicamente agli eccessi del Procuratore di Stato traviato per avventura dallo zelo d'ufficio, abilità nello scorgere la difettosità della prova condotta contro l'imputato, l'innammissibilità di certe proposte, ed i mezzi di combatterle, perizia infine nella teorica delle prove onde con acconcie domande far risaltare la non credibilità di certi testimonii, o delle deposizioni sia dei testimonii, sia dei periti. La sua eloquenza deve essere intimamente persuasiva, governata dalla logica, aliena da esagerazioni ed espressioni appassionate, atta a convincere Giudici o Giurati che esaminino attentamente il caso, tenendo conto della vera forza degli argomenti, ed efficace sugli animi per gravità, semplicità e schiettezza.

L'Autore si è adoperato quarant'anni or sono a dare un nuovo indirizzo alle difese colla sua *Guida all'arte delle difese criminali*: le quattro edizioni fatte di quest'opera mostrano che ella fu bene accolta dal pubblico.

L'Autore si è altresì adoperato molti anni come difensore criminale nella Baviera sua patria, e nel 1837 assistette pure in tal qualità ad una procedura davanti a giurati; egli ha tenuto dietro per molto tempo all'andamento delle difese in Francia, nel Belgio, in Italia ed in Inghilterra, e dal 1848 in poi raccolse molte esperienze nelle procedure orali introdotte in quell'anno per la prima volta in Germania. Per tal modo egli potè inserire in questa traduzione italiana non poche aggiunte relative alle più recenti leggi processuali penali d'Europa. L'Autore ascriverà a sua gloria e soddisfazione il poter recare con quest'opera qualche vantaggio agli Italiani giuristi; e il contribuire con loro al più sicuro trionfo della giustizia.

Heidelberg 15 Dicembre 1857.

Mittermayer.

PREFAZIONE DEL TRADUTTORE

L'opportunità di una *Guida all'arte della Difesa criminale* emerge dall'importanza di questo ufficio e dalla difficoltà di bene esercitarlo. Il difensore criminale, considerato qual tutore dell'innocenza degl'imputati contro le infondate prevenzioni, e le erronee supposizioni dei Giudici, ed in generale, qual censore d'ogni eccesso di questi ultimi nella applicazione delle leggi penali, non coopera ad uno scopo differente da quello dei Giudici stessi, cioè alla più retta amministrazione della giustizia punitiva; e partecipa quindi della gravità e del decoro di una delle più alte missioni dello Stato. Però l'adempimento dei doveri di criminal difensore presenta gravi difficoltà, e non minori di quelle che incontrano i Giudici nel rettamente sentenziare. Da una parte, la Giurisprudenza penale, con tutti i suoi ardui problemi, non deve essere meno profondamente conosciuta dal difensore che dal Giudice: dall'altra, il difensore deve lottare con ostacoli del tutto particolari a lui, e precisamente con quelli che ritardarono per tanto tempo, e corruppero presso molte nazioni il naturale svolgimento di un si nobile istituto. Fornire i mezzi onde vincere queste difficoltà, sia coll' istruire profondamente i Difensori dei criterii di giurisprudenza penale, onde constatare qualsiasi fatto di cui si voglia autore un imputato, e coll' additar loro i caratteri, esistendo i quali essi fatti possono appellarsi col nome di questo o di quel delitto, e le condizioni senza di cui il loro autore non può essere detto delinquente in questa od in quella misura, sia col nudrire nei Difensori perfetta coscienza di tutta la naturale latitudine delle loro attribuzioni, tale è senza dubbio un mezzo efficace onde promuovere i progressi e la buona riuscita della Difesa criminale. Tale si è appunto il subbietto dell'opera che diamo tradotta, e l'intendimento del suo illustre Autore. Questi poi, avendo esteso le sue considerazioni a tutte le differenti forme di procedura penale, siccome accenna il frontispizio stesso dell'opera riuscì a dare una completa idea della criminale Difesa, ed a porgere gli elementi della più soddisfacente istituzione di essa.

Non è qui nostro intendimento fare un particolareggiato esame della

presente opera di Mittermaier, e perchè la brevità sua non lo richiede, e perchè una gran parte di essa non consiste nel suscitare e decidere controversie teoriche, ma nell'analizzare accuratamente i molteplici lati pratici della Difesa criminale, facendo risultare tutti i caratteri essenziali della medesima. Piuttosto noi ci occuperemo brevemente, in via di prefazione alla nostra versione, di quelle massime fondamentali d'onde il Mittermaier fa dipendere il migliore ordinamento della Difesa de'rei, considerandole sia in generale, che in relazione alle leggi da cui è retto attualmente il processo penale nel Regno Lombardo-Veneto.

Siffatte massime fondamentali riduconsi alle seguenti: » essere la Di-» fesa criminale guarentigia naturale ed indispensabile del buon anda-» mento dei processi, e della rettitudine delle decisioni penali: l'inter-» vento del difensore dell'imputato non doversi limitare ad alcune cause « criminali soltanto, nè a questo od a quello stadio della procedura e-» sclusivamente, ma non dovere invece mancare in nessuna criminale » procedura, nè mai cessare dal principio dell'inquisizione alla chiusura » della medesima ed al passaggio in giudicato della sentenza definitiva (1) » Un Legislatore che non sia penetrato di queste massime, non potrà mai dare alla Difesa un ordinamento che favorisca e promuova tutti quei vantaggi che i cittadini hanno diritto di aspettarsene: è questa una convinzione profonda del più illustre campione delle liberali dottrine nel diritto criminale de'giorni nostri.

Il rigoroso diritto di ogni imputato di farsi difendere da persona di sua fiducia, allorchè si ventilano in di lui confronto le prove di sua reità e si discute intorno alla pena da infliggerglisi fu costantemente riconosciuto dai tempi più antichi nelle legislazioni dei popoli civili. Elemento essenziale dell'antico processo accusatorio, nel quale il reo, come accusato, diventa parte contendente in faccia al suo accusatore, ed abbisogna quindi di patrocinio per la somiglianza stessa col processo civile, la Difesa divise costantemente la lunga durata di quello, nè cadde in isfavore se non in un'epoche posteriori, allorquando insorse il processo inquisitorio (2).

(1) Vedi la presente opera, § 10 e 11; § 4, p. 10, e 21, § 11, p. 42 § 2 p. 7 e 8; § 8, p. 30; § 133.

(2) Nelle provincie tedesche dell'impero Austriaco in particolare, tanto la Difesa, quanto gli altri istituti del processo pubblico ed orale, furono in vigore fino al secolo decimottavo (V. Hye, *Leit. Grunds.*, p. 9). Trovasi ammesso il difensor criminale nel Regol. giudiz. pen. per l'Austria sotto l'Enns di Massimiliano I del 1514 (art. 8, 52), nel Regol. giudiz. pen. della Carniola dell'imperatore Ferdinando I (art. 17 e 18), e nel nuovo Regol. giud. per l'Austria sotto l'Enns di Ferdinando III del 1656 (art. 20). L'abolizione della Difesa e delle altre forme del processo accusatorio ebbe luogo nel Regol. giud. pen. per la Boemia, la Moravia e la Slesia del 1707 (art. 1, § 2), a cui tennero dietro con eguali principii il Regol. giudiz. pen. gen. di Giuseppe II del 1788. Maria Teresa concedeva all'arbitrio del giudice l'accordare o il ne-

Messa in disparte, o assoggettata a dannose restrinzioni nei primi tempi del processo inquisitorio, ella andò riacquistando decoro ed importanza coi successivi miglioramenti del medesimo, ed ora vige e prospera presso tutte le nazioni civilizzate del mondo, sia che il loro processo penale riposi sul principio di inquisizione, o sia che su quello d'accusa. La coscienza pubblica fu sempre in suo favore, ella seguì sempre i destini della libertà civile, e per questa ragione i progressi dell'incivilimento moderno, e lo spirito dell'epoca nostra in particolare, non poterono esserle che favorevoli.

Italia nostra, veneranda patria della sapienza giuridica, e culla delle più belle ed utili istituzioni civili, ebbe prima i più felici esempli di difesa de' rei, e prima riscosse altresì nella moderna Europa la lode di opere scientifiche appositamente dedicate ai progressi della Difesa criminale. Chi non ricorda il foro di Roma, e le glorie della romana eloquenza nel perorare la causa de'rei davanti ai pubblici giudizii? L'esempio dei Romani non andò dimenticato nè inutile in Italia nei tempi successivi. Modernamente, la Difesa criminale trovò i primi e più illuminati suoi sostenitori fra quegli illustri criminalisti italiani, ai quali si devono i primi miglioramenti del diritto penale sulle basi della giustizia e dell'umanità, e i primi saggi della scienza criminale in Europa. Alcuni di essi scrissero intieri volumi sulla istituzione della Difesa de' rei, e così fu questa la prima volta in Italia avuta in tal conto, da farsene speciale argomento scientifico. Ricordiamo qui i nomi di Novelli, Bossi, Guazzini e Valli (1), nelle cui opere si trovano ampiamente dimostrati da quasi due secoli i più liberali principii intorno alla Difesa criminale, che in molte legislazioni attuali appaiono tuttavia quali recenti trionfi dell'incivilimento.

gare il difensore al reo che ne facesse domanda (Regol. cit., art. 36); Giuseppe II escluse assolutamente e per ogni caso il difensore dal processo penale (Regol. cit., art. 181 e 184) (V. Hye. Op. cit, pag. 2 e 3, *in notis*.

(1) Le opere di questi insigni criminalisti italiani intorno alla Difesa dei rei sono annoverate anche da Mittermaier fra le più antiche scritte in Europa su tale argomento (*Proc. pen. ted.*, seconda edizione, Heidelberg, 1833, § 144, p. 470). — Novelli, *Tract. defens. reor. omn. adversus quascum, causas, in tract.*, Vol. II, p. 217. — Bossius, *De defens. reor.* (*in ejus practica*). — Guazzini, *Ad defens. carc. et reor.* Ven., 1643. — Valli. *Della difesa dei rei nel proc. crimin.* Venezia, 1785.

Daremo un saggio delle massime liberali intorno alla Difesa, comuni fra gli scrittori italiani summentovati, citando il seguente passo del più celebre fra essi, il veneziano Guazzini: « *Non obstat, quod aliqui voluerunt, in omni* » *casu esse patrocinium denegandum, ne consilio Advocatorum instruantur* » *rei denegandum delictum. Quoniam primo dicitur non esse præsupponendum Advocatum velle delinquere in officio suo, cum vere Advocatus non* » *possit ex officio suo instruere reos ad tacendam veritatem, nec possit in-* » *struere ad falsas probationes, aut, ad juramentum falsum, licet possit per* » *subterfugia, aut aliter deludere adversarium et ejus advocatum; secundo,*

Pari alla persuasione degli scienziati intorno alla necessità di un difensore nelle cause criminali, fu pur sempre in Italia quella dei popoli. Questo fatto è in particolar modo accertato quanto alla Lombardia ed alla Venezia. Allorquando furono promulgate in questi paesi le leggi penali austriache del 1803, in cui non faceasi alcuna parola della Difesa criminale, già tanto favorita dalla antecedente Legislazione Italica (1), ne sorse generale dispiacere, e l'avvocato Giuseppe Marocco, il più celebre dei nostri difensori criminali d'allora, non esitò a scrivere: « l'esclusione del difensore » ha colpito tutti gli animi: ed uomini di talento, e uomini di Stato e giu» reconsulti, tutte le classi infine, non saprebbero indagarne una ragio» ne (2). E nel 1850, mancando ancor tre anni alla pubblicazione del nuovo Regolamento di procedura penale attualmente in vigore, il Ministro di Giustizia di S. M. l'Imperatore d'Austria, facendo rapporto al Sovrano intorno ad una nuova costituzione giudiziaria pel Regno Lombardo-Veneto esprimevasi nei seguenti termini: « Le forme del processo pubblico ed ora» le, particolarmente conformi al carattere nazionale italiano, aveano go» duto sempre del pubblico suffragio in Lombardia finchè vi erano state in » vigore, e ne fu deplorata da tutte le parti l'abolizione (3). » Così, col ridonare all'Italia Lombardo-Veneta nel 1853 la Difesa dei rei, il Legislatore ha dovuto certamente credere di appagare una grave esigenza della pubblica opinione (4); sicchè vi ha pur ragione di confidare, che le future innovazioni della procedura penale austriaca non ridonderanno, almeno fra noi, a rovina dell'istituto della Difesa. Questa gode fra noi, tuttavia del favore delte persone illuminate, come e perchè ne ha sempre goduto, nè, se lo avesse a perdere, ciò potrebbe avvenire che per colpa di coloro stessi, ai quali è affidata.

Egli è facile scovrire quelle forti ragioni in favore dell'ammissione dei difensori nelle cause criminali che la scienza insegna, e che i popoli intuiscono. Basta che si riguardi la pena non più che una trista necessità a cui il Potere non può ricorrere senza timore e tremore, e senza che ne possa dare la più ampia giustificazione a sè medesimo ed alla società,

» *quia agitur de favore defensionis reorum, ideo non attenditur timor subor-* » *nationis* » (tom. 2, def. 24, 10, 3).

(1) Il Regol. di proced. pen. pel Regno d'Italia dell'8 settembre 1808 dispone all'art. 427: *L'accusato sarà interpellato sulla scelta di un difensore; se non ne abbia alcuno, il Presidente glielo destina, sotto pena di nullità.*

(2) *Della necessità di un difensore nelle cause criminali.* Milano, Silvestri, pag. 47.

(3) *Bollettino dell'Impero*, anno 1851, N. 9, pag. 19, 8. alinea.

(4) Il proc. accusatorio orale pubblico, colla presenza di un difensore, introdotto nel Lombardo-Veneto col nuovo Regol. del proc. pen. austr. del 29 luglio 1853, fu dichiarato una *ricuperata proprietà* dal dott. Enrico Rosmini: in una sua Memoria su quel Regolamento medesimo, inserita nella *Gazz. dei Trib. di Milano.* 1857 — (*vedi* il N. 78).

e si rifletta, che la libertà civile, sì facile ad essere compromessa dal penale ministero, dee formare oggetto di religioso rispetto per lo Stato, onde comprendere, che niuna punizione deve infliggersi senza che una persona esperta del diritto siasi adoperata a suscitare nell'animo dei Giudici ogni possibile dubbio giuridico sulla certezza della reità e della punibilità dell'imputato. Questa persona non è a riputarsi semplicemente quale controparte dell'accusatore, locchè avrebbe molto facilmente per effetto di farlu riguardara con occhio diffidente; egli è anzi dalla parte stessa dei Giudici che appartiene al difensore il vero suo posto. Egli è membro essenziale della loro adunanza e del loro consiglio, perchè nel suo discorso compendiasi una parte di quelle riflessioni, che ogni Giudice non può dispensarsi dal fare seco stesso, onde vedere sotto tutti i lati la cosa, intorno a cui è chiamato a decidere. Del resto, l'ammissione del difensore nelle cause penali è essenzialmente legata all'indole del processo penale vigente, e può diventare talvolta un corollario irresistibile di essa. Mentre nella procedura inquisitoria e scritta la Difesa del reo corre pericolo di diventare il più delle volte inutile, perchè la sua efficacia dovrebbe sempre in gran parte dipendere dall'incertissimo elemento della cura, sia dei Giudici nell'esaminare il libello che la contiene, sia de- Relatore nel fare un coscienzioso e fedele estratto del medesimo,—nel processo accusatorio invece le cose camminano tutt'all'opposto. Qui, ventilandosi le prove e le ragioni che militano a danno del reo a voce ed alla presenza dei Giudici, il difensore non deve contare che sulla propria perizia nello esporre, onde far degnamente apprezzare a questi ultimi tutto ciò che si può dire in favore del reo, e la stessa presenza di un accusatore sembra richiamare, per via di logica relazione, la contrapposizione d'un difensore deputato alla tutela dell'accusato (1). Ora, il processo accusatorio orale è giudicato oggidì come il migliore dalla pubblica opinione dei popoli civili, laonde può dirsi che la Difesa criminale riposa oramai su di una base imperitura, nella più gran parte del mondo.

Si muovono obbiezioni contro l'ammissione del difensore nelle cause criminali, ma esse non confutano direttamente le ragioni testè addotte in suo favore, bensì emanano da altre fonti. Si vogliono trovare nella Difesa criminale svantaggi che ne compensano e superano i vantaggi, ed i primi si fanno poi consistere nei molteplici abusi dei difensori. Suolsi dire, che un difensore accordato al reo ancor prima che gli atti del processo vengano chiusi, e trovati maturi per la decisione, può facilmente rendere inefficace co' suoi consigli l'intiera procedura, e mandare a vuoto gli alti fini della giustizia, suggerendo al reo od un'ostinata negativa, o

(1) Tuttavia in Inghilterra, dove è in vigore il più puro processo accusatorio, la difesa del reo non è reputata necessaria per tutti i delitti (Vedi Mittermaier, *Proc. pen. ted.*, § 143, p. 169, e quest'opera stessa, a pag. 22).

rifiuto di confessare, o revoca d'una confessione deposta, od artifiziose invenzioni d'ogni genere atte a fuorviare i Giudici, a rendere inutili i risultati del processo già ottenuti, e ad impedire che se ne ottengano dei nuovi.

Cotali opinioni intorno agli effetti della Difesa criminale sono da gran tempo diffuse fra i popoli, e furono eziandio divise qualche volta nei tempi addietro dai Legislatori (1); che se oggidì elle perdettero gran parte del loro antico predominio nelle leggi e nell'opinione pubblica, ciò non fu che un risultato delle confutazioni loro date dalla scienza e dalla esperienza. Invero, bene osserva il Mittermeier in ques' opera (2), che gli abusi che si ponno fare d'una istituzione non forniscono mai sufficiente motivo di dichiararla cattiva e di toglierla. Onde condannare la Difesa a cagione delle malvagie arti che si temono dai difensori, bisognerebbe dimostrare che l'uso di esse non sia meno certo ed inevitabile, che illecito e funesto. Questa dimostrazione venne forse data? In altre parole, venne forse messo in evidenza, che la posizione medesima del difensore, e la natura dell'ufficio affidatogli, lo portino naturalmente ad appigliarsi a qualsiasi espediente onde proteggere i malvagi in frode alla legge, ed a danno del pubblico? No certo, e sarebbe anche affatto impossibile il riuscirvi. In questo argomento tutto dipende dallo stabilire il vero concetto dell'ufficio del difensore. Certo, ove nel difensore non si noti che la sua contrapposizione al Giudizio, e la sua vicinanza all'imputato, e perdasi di vista ciò che egli ha di comune coi Giudici nella retta amministrazione della giustizia punitiva, si è tratti a vedere in lui non più che un uomo solidariamente unito d'interessi col reo, e mosso quindi a far valere tutti quei mezzi atti a coprire e tutelare la reità, che soglionsi permettere gli imputati, e che, per verità, si devono tollerare in essi, ma non in altri che in essi. E ciò posto, non v'ha dubbio che quelle obbiezioni solitamante fatte contro la Difesa criminale appaiano fondate. Ma ben diverso da quello è il vero carattere dell'ufficio del difensore nelle cause criminali. Egli è essenzialmente determinato da ciò che dicemmo sin dapprincipio, cioè, che il difensore coopera coi Giudici alla più retta amministrazione della punitiva giustizia. Il difensore non ha altro finale scopo da quello, che le leggi penali sortano pieno effetto: ciò che egli più particolarmente si propone, si è di far sì che non si puniscano che i veri delinquenti ed i veri delitti, esigendo che venga tolto ogni dubbio intorno all'esistenza degli uni e degli altri. Niente vieta al difensore che egli consigli il delinquente alla confessione, chè

(1) Il Regol. giudiz. pen. di Maria Teresa dava per motivo all'abolizione della Difesa criminale il seguente: *una frequente esperienza insegnò, che per tal modo i rei vengono istrutti unicamente a far uso di sotterfugi e scappatoie, o di ostinate negative, rendendo impossibile in sul bel principio l'intera inquisizione* (art. 30).

(2) Pag. 40.

anzi a noi pare che lo debba, onde la verità e la legge trionfino, benchè d'altra parte il difensore non debba nè possa consigliare all' imputato, anche veramente reo, di confessare circostanze isolate, dalle quali soltanto i Giudici sapranno raccogliere la prova di sua reità, a sua insaputa, e inaspettatamente. Che se il difensore non vuol consigliare al reo una confessione, non gli è però in alcun modo lecito eccitarlo a rivocare la confessione già avvenuta, e che egli sappia conforme al vero, od a sviare i Giudici con menzogne e false allegazioni dal constatare quelle circostanze di fatto che restano ancora a conoscersi, onde decidere se la fatta confessione debba valere come mezzo giudiziario di prova.

Ned è a credersi che la Difesa degli imputati non si possa in buona coscienza assumere che da chi veda in loro degli innocenti, e nell'accusa un tessuto di inconseguenze e di errori, oppure l'opera della mala fede. Certo il difensore si sentirà compreso da un più grande ardore nell'adempimento di sua missione, allorquando vada persuaso che all'innocenza in pericolo non rimanga più altro succorso che il suo, ovvero, possa appena dubitare che il suo difeso non sia colpevole di ciò, di cui lo si accusa; tuttavia, per le cose che dicemmo testè intorno al vero carattere della Difesa criminale, non può ammettersi, che il difensore non si trovi a suo posto che a quelle condizioni soltanto. Dappoichè il difensore coopera coi Giudici alla più esatta applicazione delle leggi, non permettendo loro qualsivoglia arbitrio ed eccesso, non può rivocarsi in dubbio, che si possa bene e legittimamente difendere allora persino che ad annullare la prova di una reità, d'altronde vera, rinvengasi un appiglio qualunque nella legge positiva. Sia pure quest'appiglio una mera scappatoia, non fondata in alcuna soda ragione, nè comune ai Codici penali d'altre nazioni, e, se vuolsi, non favorita nemmeno da altro che da errore od inavvertenza incorsa nella redazione esterna della legge; queste circostanze non basteranno ancora ad interdirne l' uso al difensore, il quale, come si disse, abbia in suo favore l'espressa e chiara parola del Legislatore. Invero, se in generale niuno è superiore alla legge, in particolare nessuno, all'infuori del Legislatore, può essere chiamato responsabile delle conseguenze di una legge esattamente applicata, quando appena questa applicazione non riesca a danno d'alcuno ingiustamente. Ora, non può dirsi al certo ingiustizia a danno di alcuno quella deformità che risulti dal vedere la reità nascosta all'ombra di una legge interpretata a rigore nelle sue, per avventura, imperfette disposizioni. Oltredichè, in questi casi, se l'impunità del reo sovverte il pubblico buon senso, le conseguenze dell'arbitrio, che bisognerebbe accordare ai Giudici onde impedirla, superando la legge, dovrebbero destare nella società un molto serio pensiero. Epperò, il difensore che rattiene i Giudici entro gli esatti confini della legge, anche allorquando un vero delinquente vi può trovare un

immediato rifugio, non interpone già un riprovevole ministero, nè è a condannarsi per abuso. Fin dove la legge si estende, anche le attribuzioni del difensore si estendono, e dentro a siffatti limiti, che sono i limiti naturali della Difesa, questo istituto non può mai essere guardato con diffidenza o timore. A questa massima può arrecare alcuna eccezione l'essere, il difeso o no, veramente colpevole del delitto imputatogli (1).

Così gli abusi dei difensori addotti come argomenti contro l'ammissione della Difesa criminale, benchè possano avverarsi qualche volta, non potranno però mai chiamarsi necessarii. Un esatto concetto del loro ufficio basta a tenerne lontani i Difensori, ed una prudente scelta dei Difensori, a preservarne la società.

Posto, che la Difesa dei rei è un istituto del processo penale necessario alla stessa migliore amministrazione della giustizia punitiva, e che si ovvia ad ogni possibile inconveniente della medesima col solo darle un opportuno ordinamento, ne consegue, che l'intervento del difensore nelle cause criminali vuol essere accordato colla maggior possibile larghezza. Questo corollario non fu da nessuno mai tanto caldamente propugnato, quanto dall'illustre Mittermaier nell'opera che diamo volgarizzata. O bisogna interdire del tutto la Difesa, oppure convien lasciarle il più largo campo d'azione, e se facendo la prima cosa si ferisce la giustizia, omettendo la seconda si pecca di inconseguenza. Per verità chi si fermi ad una contemplazione puramente teorica, non potrà mai concepir l'idea di restrinzioni che si facciano subire alla Difesa, dopo averla ammessa, nè pertanto si porrà a prevenirne e confutarne alcuna. Soltanto nella pratica si danno soventi cose, che la teorica non vale a prevedere ed è appunto nelle legislazioni positive che si vede la criminal Difesa assai più circoscritta di quello che la natura di essa comporterebbe. Egli è prezzo dell'opera por mente a codeste restrinzioni pratiche della Difesa, ed agli argomenti coi quali si crede poterle sostenere.

La Difesa criminale va soggetta a due specie di restrinzioni nelle legislazioni positive. Altre riguardano la facoltà stessa de' rei di avere un difensore, altre concernono le attribuzioni del difensore durante ogni singolo processo. Noi toccheremo separatamente e di quelle e di queste.

Alcune legislazioni non dichiarano neccessaria la Difesa in tutte le cause criminali indistintamente, ma, esigendo l'intervento di un difensore nelle più gravi, danno al reo facoltà di farne senza nelle meno gravi. La legislazione Austriaca vigente fra noi siegue un tal sistema, chè, ella presrive l'assistenza di un difensore all'imputato di un reato punibile con cinque o più anni di carcere duro, ma lascia all'imputato di un reato puni-

(1) Vedi il passo di Guazzin citato in una precedente nota.

bile con meno di cinque anni di duro carcere pieno arbitrio di invocarla, o di rinunciarvi (1).

La più leggiera considerazione di un tale principio legislativo basta a farne rilevare l'erroneità, e gli inconvenienti. Anzi tutto, quella distinzione di cause penali più o meno rilevanti non ha alcun buon fondamento, perchè ella sussiste bensì in relazione allo Stato che fissa le categorie delle pene, ma non sussiste egualmente pel reo che le subisce, e pel quale una pena qualunque è grave in sommo grado, quando per avventura non l'abbia meritata. Inoltre, quella mancanza del difensore è direttamente contraria ai fini naturali della Difesa, venendo essa a togliere all'imputato una preziosa guarentigia, il cui bisogno non è meno reale e stringente, perchè si voglia non riconoscerlo. Invero, corre forse minor pericolo l'innocenza di non essere riconosciuta, e la legge di venir male applicata, allorchè si tratti d'infliggere una pena meno grave, di quello che allorquando più gravemente si punisce? Gli imperiti e i timidi sanno forse meglio comprendere ed esprimere le ragioni di loro discolpa nell'un caso che nell'altro? No, certo, e lo Stato debbe aver tanto meno il coraggio di assumere la responsabilità di una sentenza infondata ed ingiusta, quando coloro che gliela addosserebbero non sanno essi medesimi il più delle volte quello che con ciò si facciano (2). Vi ha poi un'intima contraddizione fra la tolleranza dell'assenza del difensore nelle così dette cause penali meno rilevanti, e le idee più fondamentali della teorica della prova penale, comunemente ricevute oggidì. Da quanto tempo si è abbandonata la vecchia massima, che i più gravi delitti si provino in modo meno perfetto e rigoroso! Il principio odiernamente

(1) Vedi la pagina 19 di quest'opera, e la sottoposta nota 3.

(2) Mi ritorna spesso alla mente un certo dibattimento penale a cui assistetti in una città del nostro Regno nel quale un imputato di grave lesione corporale avea rifiutato l'aiuto del difensore. Egli era un villico incolto, come tutte le persone di questa classe, e, per soprappiù abbastanza, scarso d'ingegno e timido di carattere. Gli si lesse una lunga perizia medica intorno alla ferita da lui inferta sulla quale perizia riposava, come era del caso, la più gran parte della prova della gravezza della lesione. Il linguaggio della perizia era prettamente tecnico, e, per conseguenza, intelligibile affatto agli indotti di cose mediche. È fuor di dubbio che l'imputato non ne capì una sillaba. Aggiungasi la circostanza che la lettura era fatta a precipizio, e che il lettore, giunto ad un certo punto, sorpassò non poche pagine dello scritto come per evitare un'inutile lungaggine. Alla fine della lettura si domandò all'imputato se avesse qualche cosa da accepire. L'imputato rispose francamente di no: e con ciò si ritenne provata la gravità della lesione corporale. — Io non potei difendermi dall'avvertire meco stesso il pericolo di un cotal modo di procedere, e dal persuadermi, che a compensare la mancanza del difensore in certi casi, non basta l'essere il medesimo richiesto in certi altri.

adottato, che nelle cause criminali più tenui si possa far di meno della Difesa, equivalendo in sostanza a quest'altro: che nelle minori cause criminali, meno accertate prove si richieggano, è precisamente l'opposto di quella massima antiquata. Ora le ragioni, che sonsi addotte, e che si adducono tuttavia onde confutare quest'ultima, non si attagliano meno perfettamente alla prima; imperocchè, non si sostiene già la prova dei più gravi delitti non poter essere meno rigorosa di quella dei meno gravi, col dire per esempio, che dessa dovrebbe anzi, molto ragionevolmente, essere assai più rigorosa nei primi che nei secondi, ma bensì coll'affermare che la gravità del delitto non può in generale avere alcuna influenza sulla quantità della prova, e che niuno può essere mai giustamente punito, dove non sia escluso ogni benchè minimo dubbio intorno alla sua reità.

Nella legislazione austriaca, in particolare, la distinzione delle cause criminali, in cui il difensore è indispensabile, da quelle in cui egli può mancare, se l'imputato lo voglia, è assai poco giustificabile. Questa legislazione, vietando che si riconosca alcuno meritevole di pena capitale dietro semplice prova indiziaria (1), confessa abbastanza l'incertezza ed i pericoli di questa prova: ora essendo appunto per indizii che la reità degli imputati il più delle volte si prova, siccome la pratica insegna, parrebbe che, almeno in vista di ciò, si sarebbe dovuto estendere nel maggior modo possibile la guarentigia che la Difesa criminale fornisce della rettitudine delle criminali sentenze (2).

(1) Vedi il Reg del pro. pen. aust. 29 luglio 1853, §' 284.

(2) L'erroneità della massima, potersi far senza del difensore in alcuni casi allorchè l'imputato non lo domandi, discende anche dal principio inconcusso nella teorica del penale procedimento non potersi mai in esso dar efficacia a qualsivoglia rinunzia degli imputati. — E poichè il discorso ci cade sulla materia delle rinunzie nel processo penale, crediamo qui opportuno di fermare l'attenzione del lettore sulle seguenti osservazioni.

Nella nota (*) alla p. 43 della presente versione noi abbiamo emesso un'opinione intorno alle rinuncie ai ricorsi nel vigente processo penale Austriaco, introdotto col Regolamento del 29 luglio 1853. Abbiamo asserito, cioè, che questo Regolamento dichiara efficace la sola rinunzia al riscorso contro il conchiuso presso sulla inquisizione chiusa, ma non egualmente quella al ricorso contro la sentenza pronunziata in seguito al dibattimento finale. Intendendo per tale efficacia la irreparabilità, l'assoluta irreparabilità della rinuncia, quella asserzione ci sembre fondata in legge per le seguenti ragioni, che nella nota succitata non abbiamo sviluppate. — Per verità il § 302 del Regol. sudd. dichiara applicabili ai ricorsi contro le sentenze pronunziate in esito al dibattimento finale, quelle stesse massime che il precedente § 203 stabilisce intorno ai ricorsi contro i conchiusi presi sull'inquisizione chiusa: e da tale disposizione sembra emergere appunto il contrario della opinione da noi suesposta, cioè la piena efficacia eziandio della rinuncia al ricorso contro la

Da qualunque lato la si consideri, la mancanza del difensore in alcune cause criminali non può mai essere conciliata coll' indole del processo penale, e colle esigenze della pubblica sicurezza. Facciamo voti perchè questa dottrina, cotanto raccomandata da Mittermaier, venga adotata nelle legislazioni che non la riconoscono ancora, e costituisca in un avvenire non troppo lontano uno dei pochi pregi che si desiderano tuttavia nella procedura penale attualmente vigente nel Regno Lombardo-Veneto (1).

Ancor più importanti delle restrizioni arrecate alla Difesa riguardo ai casi di sua ammissione in generale, sono quelle che lei si fanno subire nel corso di cadaun processo in particolare. Anche qui le legislazioni po-

sentenza pronunziata dopo il dibattimento, dappoichè il § 203 ciò stabilisce per riguardo alla rinuncia al ricorso contro il conchiuso preso sull'inquisizione chiusa. Ma questa non è che un'apparenza per chi non si arresti alla lettera materiale della legge e ad un passo isolato di essa. Invero, poca sicurezza presenta in sè medesima una siffatta interpretazione del § 302 combinato col § 203, ove si rifletta, che la deduzione in essa contenuta è assai indiretta, e forse troppo, poichè il § 203 è bensì citato dal § 302, ma la disposizione intorno alla efficacia della rinunzia al riscorso non è in quel § 203 che una fra molte. Ciò essendo, la probabilità della deduzione non può che attenuarsi, ove sussista un principio certo contrario a lei, e questo principio non manca nel caso nostro; egli è lo stesso principio generale ed inconcusso della inammissibilità delle rinuncie degli imputati nella procedura criminale. Inoltre, chi induca dalla combinazione del § 302 col § 203 del Regolamento in discorso l'irreparabilità delle rinuncie ai riscorsi contro le sentenze pronunciate in esito al dibatimento, quegli incontra al certo una grave difficoltà nel disposto del § 300 del Regolamento stesso. Questo paragrafo permette a certi congiunti del condannato di interporre ricorso contro la sentenza di condanna, *anche contro la sua volontà*; ora le parole: *contro la sua volontà* non comprendono forse anche il caso in cui il condannato abbia già rinunciato al ricorso contro la sentenza condannatoria, contro cui vogliono ricorrere i suoi congiunti? Imperocchè la *rinuncia* al ricorso non è che un modo di esprimere la *non volontà* di ricorrere, ed un modo più spiccio di qualche altro, come sarebbe il lasciar passare inutilmente il termine prescritto al ricorso. Così, volendo ammettere quell'irreparabilità della rinuncia al ricorso contro la sentenza condannatoria, bisognerebbe necessariamente restringerla a quei casi in cui non ricorrano i congiunti del condannato *contro la volontà* del medesimo. Ma ciò basterebbe per dire, non potersi indurre dalla combinazione dei §§ 302 e 203 del Regolamento austriaco del processo penale, 29 Luglio 1853, nè asserire in modo positivo ed assoluto, che la rinuncia al ricorso contro le sentenze pronunziate in esito al dibattimento non sia meno irreparabile, della rinuncia al ricorso contro il conchiusi preso dopo la chiusura dell'inquisizione.

(1) Lo stesso voto fu pur emesso dal dott. Enrico Rosmini nella Memoria citata più sopra, ed inserita nella *Gazzetta dei Tribunali* di Milano del 1857. Vedi il N. 81-82, pag. 323. In Francia la gravità del crimine non decide mai del diritto dell'imputato ad essere difeso. Vedi quest'opera p. 43. nota 3.

sitive hanno adottato principii affatto sconosciuti alla teorica del processo penale e della Difesa, e che dalla sola analisi di questi non si saprebbono menomamente indurre.

Mentre il processo penale si distingue in due stadii essenzialmente distinti, cioè nello stadio di inquisizione, ed in quello di trattazione, detti anche, il primo, stadio di inquisizione preliminare, ed il secondo stadio di inquisizione speciale o principale, o di discussione, la Difesa non suol essere del pari nelle legislazioni positive la Difesa durante l'inquisizione da quella durante la trattazione. Al contrario, nella maggior parte di quella si riconosce il secondo modo di difesa, e non il primo. Vi ha in ciò, diciam noi, una restrizione all'esercizio del diritto di Difesa, che ripugna profondamente alla essenza del medesimo: tesi questa, a dir vero, non facile ad ammettersi in sul primo esaminarla, ma nondimeno vera per chi attentamente la consideri.

La distinzione anzidetta fra l'inquisizione generale e la speciale nella criminal procedura, è accolta da molto tempo nella teorica e nella pratica del processo penale. Ella risale, come a prima sua origine, al diritto canonico (1), ed agli scritti dei criminalisti dei secoli decimoquinto e decimosesto, principalmente italiani (2). La costituzione criminale Carolina la conteneva, almeno in modo implicito (3), ed una legge Baverese del del 1616 sanzionolla forse per la prima volta nel diritto positivo (4). Divenne quasi generale in Europa col diffusione del processo inquisitorio, ed allorquando la più antica forma di accusa ritornò in vigore, trovò una generale applicazione nelle legislazioni maderne. Come la procedura inquisitoria e l'accusatoria differiscono tra di loro non tanto nei loro elementi costitutivi, quanto nella forma che questi assumono, si potè chiamare *inquisizione generale* la procedura d'istruzione, che nel processo accusatorio precede la trattazione orale, riservandosi a quest'ultima il nome di inquisizione speciale o principale. Nella inquisizione preliminare si pongono le basi del processo, investigando il fatto criminoso accaduto, e cercando tracce d'ogni sorta le quali guidino a concentrare sopra di una determinata persona il sospetto di esserne stata causa punibile; nella inquisizione principale si propongono a questa persona le

(1) Mittermaier. Proc. pen. ted., Vol. 2, p. 2, Heidelberg, 1883.

(2) Ferrari. *Praxis aurea* Colonia, 1626 . p. 1201. — Marenta *de ordine judiciorum, pars.* IV, *de inquisit.* dice: *ista generalis iuquisitio operatur ut deveniatur ad specialem.* Colonia 1870. p. 298. — *Jul. Clarus, receptæ sententiae,* 1. 5; *quæstio* 3 e 5, p. 81, 84 (Venetiis, p. 1884) Questo milanese criminalista distingue anzi tre stadi di inquisizione. la *generalissima*, la *generalis*, e la *specialis*. Lo stesso opina Farinaccio, *Var quæst.* L. 1. tit. N. 3-5.

(3) Mittermaier. Op. cit. Vol. 2, p. 4.

(4) Ibid., p. 5.

prove raccolte della sua reità, e le si ventilano e discutano in concorso di lei e del suo difensore, alla presenza dei Giudici chiamati a decidere (1). Non vi ha ordinamento del processo penale vigente oggidì in Europa, in cui non si ravvisi cotale distinzione, se non in termini espressi e precisi, almeno sostanzialmente.

Basta riflettere alla vera indole, ed alla importanza dell'inquisizione in ogni penale procedimento, onde cogliere il rapporto naturale che passa fra essa e la Difesa. L'inquisizione tutta ha per iscopo di mettere in chiaro quei dati e quelle circostanze, in faccia alle quali è possibile al Giudice di fondatamente decidere intorno alla reità dell'imputato. Ciò posto, che la difesa del reo mediante apposito difensore debbasi accordare allorquando l'inquisizione è ultimata; che, se da una parte o il pubblico accusatore nel processo pubblico ed orale, od il Relatore nel processo inquisitorio segreto, possono alla chiusura dell'inquisizione fare un completo riassunto della causa, e quindi eziandio degli argomenti e delle prove che si hanno a carico del reo, dall'altra anche il difensore di quest'ultimo debba avere allora un'eguale opportunità di pienamente confutare questi argomenti, e queste prove, le sono cose di un'evidente necessità, nè infatti scrittori o leggi esitano a riconoscerle. Difesa scritta si ammette nel processo inquisitorio alla fine dell'inquisizione, prima che si spediscano gli atti al Tribunale decidente, e difesa orale ha luogo nel processo accusatorio alla chiusura del dibattimento, chi ivi rappresenta, dicemmo, il termine dell'inquisizione principale. Ma l'indole della inquisizione, che è di fornir la base alla sentenza finale, non comporta evidentemente, che l'opera del difensore non intervenga se non dopo il suo termine. Ella esige al contrario, come la più diretta e sicura guarentigia della bontà della sentenza, che il difensore vi partecipi attivamente egli pure, molto tempo prima che la sentenza venga emanata. Invero niuno può negare, che dove gli abusi delle arti inquisitoriali abbiano costrutto, per avventura; l'imputato a fare confessioni non vere, e a non rivocare le non vere già fatte, ed in generale, abbiano cavato dalla sua bocca, o da quella dei testimoni più di quello che essi credessero poter dire, ed aver detto in realtà, e non siavi alcuno, che faccia note ai Giudici le fallacie per tal maniera incorse negli atti, ivi l'intiero progresso volge alla rovina dell'innocenza, e l'opera del Difensore, e quella dei Giudici diventano una mera formalità, quasi sempre vuota di effetto. Nè il pericolo di tali abusi è lontano, od infrequente nella criminal procedura; egli è al contrario il noto lato debole del processo inquisitorio puro, da cui nemmeno l'accusatorio va sempre esente, almeno in quel periodo che precede la trattazione principale e finale. Che se cercasi il mezzo di prevenirlo e

(1) Mittermaier. Op. cit. Vol. 2, p. 10-11, 95-96.

dileguario, niuno più efficace presentasi dell'assistenza di un Difensore all'imputato. Il Difensore, che ha dalla legge il mandato, impone all' Inquirente colla sola sua presenza un contegno decoroso ed alieno da ogni eccesso egli invoca all' uopo l' autorità del Tribunale contro illeciti atti che l' inquirente si volesse permettere, e gli avvenuti avverte, nota e fa rilevare ai Giudici decidenti; mentre intanto l'imputato che sa di non correre maggiori pericoli di quelli a cui abbia voluta o voglia esporsi egli stesso, è meno spinto a sotterfugi e fallacie, comune scoglio delle criminali inquisizioni. Dicasi pertanto, l'intervento di un difensore dell' imputato durante l' inquisizione essere condizione indispensabile del buon andamento di questa, e quindi, preziosa guarentigia di una buona sentenza definitiva.

Chi consideri codesta conclusione, si avvede che, riguardando essa l'inquisizione in generale, quelle distinzioni che siamo per avventura a stabilirsi in quest'ultima non ponno apportare restrizione alcuna al significato ed alla applicazione della prima. Se, per esempio, l'inquisizione dividesi in più stadii, non però l'intervento del difensore può dirsi necessario in uno di essi, e non egualmente in un altro. Ciò posto, dappoichè ogni criminale inquisizione si vide constare realmente di due parti diverse e successive, cioè, dell' inquisizione preliminare, e della inquisizione principale, non è lecito domandare in quale di queste due inquisizioni debbasi ammettere il difensore, ed in quale no; ma al contrario; la dimostrata necessità del difensore durante l' inquisizione in genere richiachiama l' intervento di lui sì nell' una che nell'altra di esse. Differente oggetto avrà bensì l'opera del Difensore prima che la principale inquisizione sia avviata, e durante la condotta di essa, ma non ne è differente il bisogno nel primo caso e nel secondo.

Nel processo inquisitorio puro la difesa durante l' inquisizione non potè mettere mai salde radici. Questo processo non si arrese a parziali temperamenti, e fu d'uopo sradicarlo del tutto, onde liberarsi dai suoi pericoli. Quella difesa cominciò invece a mostrarsi nel processo accusatorio, a cui non è straniera nemmeno ai dì nostri, dovunque egli vige. Ma qui pure ella non ha potuto per anco raggiungere tutta l'estenzione che naturalmente le si conviene. Suolsi accordar facilmente l'assistenza del Difensore all'imputato durante l'inquisizione principale od il dibattimento; locchè può dirsi essere di regola generale nelle procedure accusatorie d' oggidì; ma un' egual facilità non si appalesa nel concedere tale assistenza durante l'inquisizione preparatoria, o nel periodo di istruzione. In quest'ultimo invece l'imputato trovasi di solito (6) alla presenza del Giudice inquirente, senz'altra guarentigia che la coscienziosità e la discrezione del medesimo, siccome accade continuamente dal principio alla fine del processo inquisitorio puro. Si rimedia in parte a questo difetto col-

l'accordare all'accusato, prima che il dibattimento abbia luogo sulla base dell'atto d'accusa, una difesa contro la decisione del Tribunale, o del giurì, che decretò lo stato d'accusa ed il dibattimento. Di tale difesa contro la speciale inquisizione non si possono negare i pregi ed i vantaggi. Ella si fonda sul rispetto della libertà individuale, essendo la speciale inquisizione uno stato già per sè solo penoso e pregiudizievole per chi la subisce, mentre pur vi si incorre senza che alcuna dichiarazione di reità sia uscito tal mezzo oltredichè, eziandio il solo prevenire con la sentenza definitiva, raccomanda non poco simile istituto, siccome conforme all'economia dei giudizii, e propizio alla semplificazione delle procedure. La difesa degli imputati contro l'inquisizione speciale trovasi realmente ammessa nella maggior parte dei processi penali aventi forme accusatorie (7). Ma la difesa contro la speciale inquisizione non contiene, dicemmo, che una parte delle attribuzioni del Difensore prima dell'avviamento dell'inquisizione principale, ed è lontana dal fare dimenticare il bisogno del medesimo durante l'intiera inquisizione preliminare, o nello stadio d'istruzione. Invero, il Difensore che accede solo allorquando l'ufficio dell'Inquirente è compiuto, giunge troppo tardi per avvertire irregolarità ed abusi per avventura commessi da quello, e i quali possono talvolta estendere i funesti loro effetti su tutto il restante del processo, ed eziandio sulla stessa inquisizione speciale. L'opera del Difensore si limita allora piuttosto a togliere ogni fondamento ai sospetti, dietro ai quali fu decretato lo stato d'accusa, che ad esaminare i mezzi e le vie per cui tali sospetti si fecero nascere, siccome sarebbe molto più

(6) Fanno eccezione a questo generale costume alcune poche legislazioni, come l'Inglese e la Bavarese del 1848. In queste il difensore assiste il reofino dalla prima sua chiamata davanti al Giudice inquirente. Vedi la presente opera pag. 8, 23, 27.

(7) La difesa contro l'inquisizione speciale fu suggerita da que' primi scrittori, i quali si distinsero la inquisizione generale dalla speciale. Ella fu accolta nella Costit. Crim. Carol. implicitamente (art. 47). Fu negletta in seguito col diffondersi del principio, essere il penale procedimento una serie continua di atti non interrotti, sicchè non sia possibile distinguere in esso stadii differenti. Pertanto le legislazioni, che adottarono la procedura inquisitoria, quasi tutte non la conobbero; nè la conoscono tuttavia parecchie legislazioni dell'Alemagna, fedeli a quella procedura. Restituite le forme accusatorie, anche la difesa contro l'inquisizione speciale ritornò in vigore. Però è a deplorarsi che in Francia, dove è adottato il processo accusatorio, tal difesa trovisi tuttavia assai poco favorita. Benchè la Legge francese accordi all'imputato di inoltrare dei *Memoires* al Tribunale d'Appello all'occasione che la causa viene rimessa alla Camera d'accusa di questo Tribunale (*Cod. d'instr. crim.*, art. 217), la pratica non permette però al medesimo l'assistenza di un difensore a tal uopo, come non le concede nemmeno il libero uso degli atti (Carnot, *Instruct. crim.*, p. 186, — Bourguignon. *Jurisprudence*, 1, 11, p. 483.

a desiderare. E così la missione del Difensore durante l'inquisizione, che è di cooperare alla più retta indagine delle prove viene ad essere esclusa nell'istante appunto in cui sarebbe più opportuno il suo cominciamento.

Ammettasi la Difesa contro la speciale inquisizione, ma non se ne stia dessa isolata fra quella e l'inquisizione preliminare, come a compenso del mancato intervento del difensore in quest' ultima. Al contrario, raccolgansi in lei quegli argomenti che il difensore ebbe occasione di desumere dall'inquisizione preliminare contro l'avviamento della speciale; e sia accordata in virtù dello stesso principio, non dovere l'imputato mancare dell'assistenza d'un difensore in qualunque stadio della procedura. L'intervento del difensore durante la preliminare inquisizione o l'istruzione, non è meno necessaria preparazione al suo intervento durante l'inquisizione speciale, o la trattazione, di quello che il primo di cotali periodi del processo lo sia al secondo.

Non oppongasi all' invocata ammissione del Difensore durante il periodo di istruzione, che, non si avendo ancora in questo alcuna imputazione contro determinata persona, la Difesa non può trovar luogo appunto per la ragione per cui lo trova nello stadio di discussione e conseguente alla collocazione di una persona nello stato d'accusa. Questa obbiezione è apparentemente fondata, ma non in realtà. Imperocchè, se nella inquisizione preliminare non vi ha ancora una formale imputazione contro di alcuno, avvi però bene in essa reali sospetti contro determinati individui, i quali sospetti fissano l'attenzione e l'esame del Giudice inquirente sui medesimi, onde raccogliere materiali sufficienti per un conchiuso d' accusa contro di loro. Ora, basta per che qualsiasi motivo uom si trovi a petto di un Inquirente criminale, perchè l'assistenza di un Difensore gli si debba concedere nell' interesse della giustizia. Aggiungasi, essere i confini fra l' inquisizione speciale e la preliminare più facili a stabilirsi in teorica, che ad osservarsi in pratica. Suolsi dire che nell'inquisizione preliminare l'imputato deve essere sentito in maniera sommaria, senza fargli conoscere di che lo si sospetti, in modo che il suo interrogatorio somigli piuttosto ad un esame di testimonio, che ad un vero costituto. Siano pure ragionevoli ed esatte queste norme; poichè l'applicazione loro deve neceesariamente essere confidata al Giudice inquirente, perfetta sicurezza non vi ha, che esse non vengano da lui dimenticate, invece di servirgli di guida. E dove ciò accada, ne può risultare che il più puro processo accusatorio sia preceduto anche oggidì dai più riprovati abusi inquisitoriali. Ciò che accade qualche volta in Inghilterra, dove pure l'imputato è assistito da Difensore durante la istruzioni del processo, vale a persuadere quei timori non essere infondati. In Inghilterra, ha detto Mittermaier, si dubita se una confessione deposta dall'imputato durante l' inquisizione preliminare sia valida ed efficace nella discussione della causa, ma da casi accaduti si arguisce ab-

bastanza, che eziandio in quel paese mettonsi in pratica non di rado minacce, promesse, e svariati artifizii onde estorcere confessioni (1). In Francia, poi dove l'inquisizione preliminare cammina senza intervento del Difensore, notò lo stesso Mittermaier, che gli esami dell'imputato assunti dal Giudice inquirente non mirano in realtà, che al raggiungimento di confessioni, benchè ciò non sia dal Codice espressamente prescritto, essendo all'inquirente libero l'uso dei *mettre au secret;* laonde quegli esami differiscono in poco da quelli tenuti dagli inquirenti nel processo inquisitorio alemano (2). — Vi ha egli ragione dubitare intorno alla necessità del Difensore durante la preliminare inquisizione o nello stadio di istruzione, se in quei paesi dove ella non è riconosciuta, gravi e pericolosi abusi si osservano, ed in quelli dove lo è, siffatti abusi non sono ancor resi intieramente impossibili?

Il bisogno di un Difensore dell'imputato durante l'inquisizione preliminare si fa in particolor modo sentire nel processo penale austriaco attualmente in vigore nell'Italia Lombardo-Veneta. Il Regolamento di procedura penale del 29 luglio 1853 ha accolto in sostanza le norme del processo accusatorio, prescrivendo alla fine dello stadio di istruzione un dibattimento orale pubblico a cui prendono parte il Pubblico Ministero e il Difensore dell'accusato sulla base della proposta accusa, e dietro ai risultamenti del quale i Giudici emanano la loro sentenza (3). Tuttavia l'inquisizione o l'istruzione che precede a questo dibattimento è ben lontana dal presentare i caratteri che sogliono contraddistinguere il periodo di istruzione nel sistema accusatorio. Al contrario, si nota che tale inquinon differisce da quella che costituiva la sostanza dell'antico metodo di procedura, strettamente inquisitorio (1. Così agli inconvenienti che possono tuttavia accompagnare quella ristretta inquisizione preliminare che si conviene al processo accusatorio si aggiungono nel sistema processuale austriaco gli altri che sono proprj del processo inquisitorio puro. E poichè l'efficace riparo che a tali inconvenienti, la Difesa può fornire, si desidera invano, egli è fuor di dubbio che la mancanza del difensore nell' inquisizione preliminare, diventa assai più grave e pericolosa nel processo austriaco attualmente in vigore, di quello che possa essere in qualsiasi altro processo, in cui si ammettano forme accusatorie. Il che noi asseriamo senza temere che ci si rimproveri esagerazione, o dimenticanza del vero rapporto stabilito dalla legge austriaca fra l' inquisizione preli-

(1) Mittermaier. Op. cit., Vol. 2, p. 109.

(2) Ibid., p. 116.

(3) Il dott. Enrico Rosmini ha avvertito *che il periodo di inquisizione speciale* sancito nel nuovo Regolamento del proc. pen. aust., del 29 luglio 1853 assai poco differisce dal processo inquisitorio del Cod. pen. del 1803, ora abolito. (Vedi il brano della sua Memoria già citata, inserito nella *Gazzetta dei Tribunali* di Milano del 23 giugno 1857).

minare e la finale decisione dei Giudici. Certo, ove al Giudice austriaco fosse lecito portare sentenza in base ai risultati della preliminare inquisizione, benchè non confermati nel dibattimento, l'assenza del Difensore durante quello stadio non avrebbe talvolta conseguenze diverse da quelle della totale sua mancanza nel processo. Che se è provvidamente ordinato dalle leggi austriache, non potere i Giudici asssumere nella loro persuasione fatti non risultanti dal dibattimento (1), e quindi fatti non provati che dagli atti assunti durante la preliminare inquisizione, la mancanza del Difensore in quest' ultima al certo diventa così pericolosa, come lo sarebbe nel caso precedente; ma ella rimane pur sempre assai più funesta nella legge austriaca di quello che esser possa nelle ordinarie procedure accusatorie. Imperocchè, ed egli è impossibile impedire sempre e del tutto l' influenza dei precorsi abusi dell' Inquirente, sul contenuto, del dibattimento e quindi sulla finale decisione dei Giudici, e questi abusi sono assai più probabili nella attuale procedura penale austriaca, che nelle altre.

Se non che, noi avvertiremo qui, a modo di digressione, non essere tanto desiderabile che nella inquisizione preliminare quale è ordinata nel processo austriaco, ammettasi il Difensore, quanto che si corregga l'organico difetto di quella inquisizione stessa. Invero, dove il dibattimento finale è riguardato qual periodo veramente essenziale del processo, e quale unica base dalla penale sentenza, ivi l'esercizio del metodo inquisitorio puro in preparazione al dibattimento, è affatto inutile e fuori di luogo. Egli ripugna anzi direttamente alla vera indole del processo accusatorio, la quale consiste appunto nel far succedere alla presenza dei giudici decidenti, col concorso del Pubblico Ministero e del Difensore dell'accusato ciò che nel processo inquisitorio viene eseguito dal Giudice inquirente in segreto, e senza cooperazione o controlleria di terze persone, e nel serbare più che sia possibile intatti i punti essenziali della causa per la discussione che debbe aver luogo fra quelle persone. Se nel processo accusatorio vi ha una preliminare inquisizione, essa non può avere però nulla di comune col processo inquisitorio propriamente detto; il suo intento è piuttosto quello di constatare e di mettere al sicuro le fonti donde la discussione della causa desumerà i suoi principali riguardi, senza occuparsi direttamente di questi ultimi, oppure di rintracciare apparenze bastevoli onde sottoporre l'imputato alla fase principale del processo; il suo metodo è del pari spiccio e sommario, anzichè diffuso ed analitico. La verità di questi principii, è pur riconosciuta dallo stesso Regolamento del processo penale austriaco il quale, benchè non vi si attenga, cerca tuttavia di invocarli in suo favore mediante una fallace loro applicazione. Infatti

(1) Il § 26 proibisce ai Giudici di basare la persuasione della reità, su dati non contenuti nel dibattimento.

trovasi in esso Regolamento fatta distinzione tra l'inquisizione generale o preliminare e la speciale nello stesso periodo di istruzione che precede al dibattimento (1), mentre chi non è digiuno affatto della teoria del processo penale, sa che nella procedura accusatoria l'inquisizione speciale è riservata al dibattimento, costituisce anzi il dibattimento stesso. Ma tale a dir vero, è mezzo meno efficace a palliare l'imperfezione esistente, che a renderla invece più manifesta agli occhi degli studiosi. Noi facciam voti pertanto affinchè la preliminare inquisizione venga nel processo penale austriaco ridotta a quei limiti ed a quelle forme, che sole convengonsi alla procedura accusatoria, quali la scienza insegna, e la pratica delle nazioni presso cui quel metodo di procedere è meglio inteso. Dando alla preliminare inquisizione, come ben fu detto, un *atteggio informativo ed istruttorio* (2), ci pare fuor di dubbio, che la conseguente brevità delle inquisizioni, e soddisferà da una parte un legittimo desiderio delle Autorità giudiziarie penali, ed ingenererà dall'altra nel pubblico la fede nell'importanza reale dei finali dibattimenti, e nella salutare efficacia delle importanti riforme del penale processo, da poco tempo largiteci dalla provvida saggezza del Monarca.

Ritornando al puntó, donde abbiamo digredito, noi troviamo avere ormai guadagnato una piena persuasione di quelle fondamentali massime intorno alla Difesa criminale, che vengano insegnate in quest' opera di Mittermaier, e che ci èravamo accinti a chiarire ed analizzare, in via di prefazione alla medesima. Noi facciamo eco all'insigne criminalista, che sostiene essere la Difesa de' rei preziosissima guarentigia della rettitudine delle criminali sentenze, della cui mancanza non può immaginarsi valida scusa, o sufficiente conforto, e la quale non vi ha minor ragione di ammettere in generale, che di non ricusare in questa od in quella specie di casi criminali; in questo od in quello stadio della criminal procedura. Dove le nostre leggi ricevono e confermano codesti principii, noi tributiamo gratitudine ed ammirazione alle probe e sapienti vedute del Legislatore; e dove esse se ne scostano ancora, noi Lo supplichiamo che voglia dar compimento all'opera sua, non più tardi di quello che l'importanza della cosa il comporti.

Osserviamo per ultimo, che nelle idee che noi siamo venuti sin qui propugnando non vuolsi cercar tanto la novità, quanto la pratica opportunità, nè dimenticare quest' ultima, perchè manchi per avventu-

(1) § 66 e 134. Si nota che questo Regolamento chiama; *inquisizione generale*, ciò che gli antichi criminalisti più rettamente chiamavano; *inquisizione generale*, ed il Reg. proc. pen. pel Regno d' Italia dell' 1 settembre 1808 chiamava: *Informazioni d' ufficio* (art. 70) Vedi la nota (2) qui sopra).

(2) Parole del dott. Enrico Rosmini nella Memoria succitata. Vedi il brano contenuto del N. 78 della di Milano, 1857.

ra la prima. Invero, chi osservi l'andamento delle criminali riforme dell'Europa moderna, si accorge di leggieri che intorno ad esse i consigli degli scrittori precedettero costantemente di molto le disposizioni delle leggi, e che le prime soggiogarono, per dir così, le seconde solo dopo una lunga insistenza. A questa regola storica generale non fanno eccezione la libertà ed il favore delle difese criminali. Ciò che si è ottenuto in questo argomento presso qualche nazione è ancora ignorato in molte altre, e nessuna delle legislazioni attuali ha dato alla Difesa criminale un perfetto ordinamento; mentre pure intorno a questo si veggono da molto tempo ammessi fra i criminalisti; quei dettami che il Mittermaier rischiarò di nuova luce, e rese più fecondi. Egli è della scienza, non l'utile che il nuovo, e pertanto non reputare incompatibile col produrre sempre nuovi trovati e consigli, il ritornare su quelli già posti in luce, per inculcarne l'applicazione dove ciò è per recare giovamento all'umanità. — Ciò sia detto, per render la ragione dell'aver noi pubblicato la versione di questo libro intorno alla criminale Difesa, dettato da un uomo insigne, le cui massime fondamentali sono per avventura in gran parte già comuni fra i giuristi italiani, mentre però ancor tutte non furono adottate dalle legislazioni positive d' Italia.

Milano, 24 marzo 1858.

CARLO FRANCESCO GABBA

GUIDA ALL'ARTE DELLA DIFESA CRIMINALE

GUIDA ALL'ARTE DELLA DIFESA CRIMINALE

SEZIONE I.

INTRODUZIONE

§ 1. *Rapporto della difesa colle altre fasi del processo criminale.*

Ogni legislazione sul processo criminale ha per iscopo di dare colle sue ordinazioni tale efficacia alle leggi penali, per cui non sia senza fondamento l' universale credenza, che niun colpevole sfugge al suo castigo. A quest'uopo occorre una somma di forze, onde iscoprire il delitto coperto di oscurità, e rimuovere gli ostacoli a tale scoperta. I mezzi che la legge prescrive e permette vengano adoperati dai magistrati rivestiti dell'incarico di rintracciare i misfatti, sono rivolti sovente contro persone, appena colpite da lievi sospetti, oppure contro innocenti, più di frequente però contro persone, bensì colpevoli, ma contro cui si eleva dapprincipio una grave imputazione, la quale in seguito dietro più accurate indagini si presenta in assai meno grave aspetto, sicchè eziandio quei mali, che preventivamente si inflissero alle medesime nella presunzione che la grave imputazione fosse fondata, non appaiono giustificati. Anche la sentenza penale pronunciata contro un colpevole verrebbe ad essere priva della generale confidenza, nè avrebbe effetto, ove fondata non fosse la generale persuasione, che lo Stato abbia assicurato a coloro contro cui fu rivolta l' inquisizione la più larga facoltà di ribattere il minaccioso assalto dell'accusa, e che dal canto degli inquirenti sia stata pure imparzialmente indagata ogni cosa che può deporre a favore dell'imputato, sicchè i giudici decidenti siansi trovati in grado di ponderare con scientifica bilancia tutti gli elementi che depongono pro e contro di quello.

Una legislazione intorno al processo criminale è tanto più da lodar-

si, (1) quanto più emana dal principio della eguaglianza delle armi, e favorisce quindi anche i mezzi della difesa, imperocchè allora soltanto la certezza del delitto appare fondata, quando tutto sia stato messo in opera a fine di rintracciare così una appena possibile innocenza, come la più tenue reità (2). Codesto favore accordato alla difesa è ancor più importante dacchè invalse ai tempi nostri la persuasione, che la legislazione penale debba riposare sulla giustizia e tendere all'inflizione di quella pena soltanto che sta in retta proporzione colla quantità dell' incolpazione in ogni singolo caso.

Nel sempre crescente campo dell' arbitrio del giudice, il quale ha spesso da scegliere fra una pena infamante ed una non infamante, oppure fra una detenzione di 6 mesi, ed una di 12 anni (*), va diventando ognor più difficile incarico quello dei giudici decidenti, ma più grave diventa

(1) V. la mia opera: il *proc. pen. ted.* nella *sua formazione mediante* l' uso *del foro* ed i *codici particolari e paragonato col processo penale inglese e francese*, 1847. Vol. 1 pag. 161 § 25.

(2) A buon diritto Hepp osserva nella sua opera: *esposizione e critica dei sistemi processuali criminali alemanni* — sez. 2. p. 383, che la teoria dell'intimidazione dominò anche nelle cose penali, e produce ancora attualmente in molti codici rigori, che a nessun'altra origine saprebbonsi assegnare.

(*) Le leggi penali austriache attualmente vigenti lasciano al prudente arbitrio del giudice il determinare nei singoli casi la quantità della pena fra i due estremi di pena, massimo, e minimo, che il codice penale ha prestabiliti per ciascuna specie di reati, e pei varii gradi di essi. La determinazione del giudice non può essere governata da altro che dal conto che egli deve tenere delle circostanze aggravanti e mitiganti, sia generali ad ogni reato, sia particolari per alcuno di essi. Ma in nessun caso le leggi austriache lasciano tanta distanza fra il minimo ed il massimo delle pene dei reati, quanta è fra sei mesi e dodici anni. La scelta del giudice poi non è che fra quantità diverse di pena, e cioè fra una maggiore o minor durata della detenzione, non mai fra qualità differenti (§§ 20, 53, cod. pen.). — In via straordinaria soltanto le leggi austriache permettono al giudice di discendere al dissotto del limite minimo della pena prestabilita ai crimini, e di cambiare anche, se non la qualità della pena, almeno il grado di essa, cioè di commutare la pena del carcere duro in quella del carcere semplice. Della prima facoltà il codice penale permette al giudice di far uso soltanto in quei casi, in cui la pena ordinaria massima del crimine non eccederebbe cinque anni di carcere, (§ 54 55) ma il regolamento del processo penale glielo concede per tutte le pene di detenzione, di qualunque durata esse siano, ed in una misura vieppiù ampia dalla prima istanza salendo alle superiori (reg. del proc. pen. §§ 286, 305, 311). La Corte suprema di giustizia può ridurre la durata delle pene a qualunque misura al dissotto del minimo prestabilito dalla legge (reg. del proc. pen. § 311). Della seconda facoltà, il cod. pen. permette al giudice in tutte le istanze di far uso in un unico caso; (§ 54) ed il regol. del proc. pen. che ha tanto esteso il campo dell'arbitrio del giudice nel fissare la durata delle pene, non lo ha esteso egualmente nel commutarne il grado; la sola Corte suprema può in tutte le pene attenuare il grado, quando le sembri opportuno (regol. del proc. pen. § 311). (G).

altresì l'ufficio della difesa, perchè dessa deve far sì, che la commisurazione delle pene non venga già diretta dal solo capriccio dei giudici, o da psicologiche illusioni degli stessi intorno all'individualità ed alla reità dall'accusato. Nel che si para dinanzi al difensore l'opera di chiarire o porre in sicuro avanti ai giudici tutti quelle ragioni che li debbono determinare ad una pena minore, e che rendono possibile la retta commisurazione della pena.

I modi con cui un imputato può difendersi dall'imputazione d'un delitto sono: I. il contraddire le circostanze su cui si fonda l'accusa, o esplicitamente, con una semplice negazione illimitata, od implicitamente coll'introduzione di altre circostanze, le quali tolgono o sminuiscono alle prime la loro virtù imputante (confessione qualificata) (1); II. L'introdurre eccezioni dilatorie contro alcuna delle condizioni sotto le quali l'imputazione elevata in un singolo caso può divenire materia d'un processo criminale, e per esempio *a*) additare l'incompetenza del giudizio, la mancanza in alcuna delle persone giudiziarie delle qualità volute dalla legge, (2) o l'incapacità o la prevenzione, ovvero *b*) eccepire che chi muove l'accusa non vi è autorizzato dalla legge (3), od anche *c*) mostrare le nullità incorse nella procedura, per es. circa l'onere della prova. III. L'introdurre eccezioni perentorie fondate in circostanze di fatto, in forza delle quali cessa il diritio dell'intervento punitivo dello Stato (4) e propriamente, *a*) in quanto escludono l'imputabilità del fatto (5), od in quanto *b*) escludono la criminosità dell'aziione (6), od in quanto *c*) sono derivate da fatti, i quali, dopo che fu operato il delitto, estinsero giuridicamente il diritto di punire (7). Ma a gran ragione non si accoglie nel processo criminale la teorica delle eccezioni desunta dal processo civile, perchè il rapporto delle eccezioni colle azioni nel processo civile a quello non si conviene, mentre ogni così detta eccezione toglie in pari tempo nel processo criminale parte del fondamento dell'accusa, e la prova di tutti i capi di questa vuol essere data dall'accusatore contro l'accusato, e perfino quei fatti che sorvennero dopo il delitto, l'imputato non è tenuto a pienamente comprovarli, quando abbiano solo una qualche probabilità (8) IV. La difesa può mirare

(1) P. es. se gli si richiama al caso, od alla irriflessione.

(2) La dottrina degli antichi giuristi intorno alle diverse dichiarazioni ed allegazioni discolpative dell'imputato, si trova ben esposta nell'opera di *Iousse: Traitè de la justice criminelle en France.* (Paris. 1771. Vol. 1, p. 615 653).

(3) P. es. nel furto domestico, nell'adulterio, se un estranio volesse muovere azione.

(4) Questa dottrina delle eccezioni fu recentemente difesa da *Bauer*. Tratt. p. 219.

(5) P. es. nel caso di completa ubbriachezza, di violentamento.

(6) P. es. il comando ricevuto da un magistrato, il consenso dell'offeso.

(7) P. es. se nel codice viene dichiarata causa che esclude la pena la restituzione spontanea della cosa rubata, od anche in caso di prescrizione.

(8) V. *Hartmann: de onere probandi in causis criminum.* Gott. 1844, p. 36. etc.

altresì alla produzione di circostanze, le quali non importerebbero che una mitigazione della pena ordinaria (1), od una commisurazione della pena nel minimo suo limite, od una commutazione in un'altra affine (2).

La difesa trovasi in un giusto rapporto coll'accusa allora soltanto, che 1. fin dal primo passo che lo Stato muove contro l'accusato, sia questi posto in istato di dimostrare la sua innocenza, e di sventare i sospetti (3). 2. Deve rendersi possibile all'incolpato di produrre tutte gli argomenti di sua difesa, che egli stima opportuni (4) onde se ne possa tener conto a tempo debito. 3. Prima dell'incominciamento dell'inquisizione principale, la quale è a considerarsi il vero processo penale, (*) e dichiara pubblicamente sospetto l'accusato, arrecando al medesimo altresì parecchi sensibili pregiudizii circa il benessere della famiglia e alle private sue relazioni (5), deve concederglisi facoltà di rimuoverla con una completa esposizione della sua innocenza (6) 4. Deve essere accordato all'incolpato di cooperare per guisa all'assunzione delle prove che stanno contro di lui, che egli possa persuadersi da sè dell'imparzialità e regolarità di tale assunzione, e della fedeltà della documentazione, e con acconcie osservazioni ed interrogazioni ovviare alla parzialità del loro uso. (7) 5, Egli debbe avere la massima libertà nel produrre ogni sorta (8) di punti di difesa, e trovare ogni possibile agevolezza

(1) P. es. se la minore malizia attribuisce ai giudici il diritto di discendere al dissotto del minimo della pena.

(2) P. es. se si addimostra la necessità, o la seduzione.

(3) A questo ha relazione il risapere l'imputato a tempo opportuno anche la cagione, per cui fu imprigionato. Ma ciò deve accadere meglio che non accada solitamente.

(4) Non si riferisce questo alla *exceptio judicis suspecti;* poichè secondo l'indole del processo alemanno scritto, e secreto, l'accusato non conosce di frequente, quali giudici sentenzieranno su di lui.

(*) L'inquisizione, sia nel processo inquisitorio puro, sia nel processo misto di inquisizione e d'accusa, in cui essa precede la formale accusa, ed il dibattimento orale, si divide in due stadii successivi. Il primo di essi chiamasi inquisizione *generale*, o preliminare, in cui il giudice inquirente indaga i fondamenti dell'ammissione dell'esistenza del delitto in generale, e del sospetto contro un determinato autore del fatto delittuoso. Il secondo stadio dicesi inquisizione speciale, o principale, in cui il giudice inquirente si adopera a stabilire e fondare la piena prova della reità della persona sospetta e ad indagare altresì tutto ciò che dimostra l'innocenza o minor punibilità della medesima, ed a consegnare tutti i suoi risultati negli atti inquisizionali (V. *Feuerbach*. dir. crim. § 624). (*G*).

(5) Basta riflettere al caso d'un impiegato che durante l'inquisizione è sospeso dal suo impiego.

(6) A ciò mirava la *defensio pro avvertenda speciali inquisitione.*

(7) Ciò si fa importante specialmente nell'esame dei testimonii.

(8) Ciò diventa importante in occasione della dichiarazione dell'imputato che l'inquirente siasi permesso un contegno illegale contro di lui.

nella prova dei medesimi. 6. Deve essere fatto possibile all' incolpato, il quale d'altronde è privato nella sua situazione di ogni estranio ajuto, ed è posto in grave turbamento pel fatto dell'incolpazione e delle sue conseguenze, di servirsi di un consigliero giurisperito, il quale colla sua sagacità, sperienza, e cognizione del diritto possa far equilibrio all'accusatore favorito sotto ogni aspetto dalla sua medesima posizione. 7. Allora soltanto si avrà un soddisfacente istituto di difesa, quando l' accusato non sia inceppato nella scelta di un difensore (1), e possa quindi governarsi secondo la sola sua fiducia. (*) 8. Ogni sistema di difesa non diventa che una mezza misura, quando il difensore venga circoscritto per ingiusta diffidenza nella scelta delle vie di prepararsi alla difesa, nè gli si conceda una pienamente libera ispezione degli atti, ed il più ampio diritto di abboccarsi coll'accusato in assenza totale di testimonii. 9. Devesi pure in vista dell' alto interesse che ha lo Stato alla giustizia, provvedere, che, almeno trattandosi di accuse di gravi delitti, venga assunto un difensore, quand' anche disperazione od errata credenza di avvantaggiarsi abbandonandosi alla Grazia Sovrana (2) sembrano avere indotto l'accusato a rinunziare ad una formale difesa. (**) = Non è cosa desiderabile nè pel sovrano nella sua elevata posizione, nè per l' accusato, che la legislazione si aspetti un gran bene dalla grazia, e soltanto laddove il pronunciato dei tribunali è una emanazione della giustizia, e l'accusato ha diritto di esigere che si faccia una retta decisione, anche la grazia

(1) Se per tanto si dichiarassero capaci soltanto certi difensori, p. e. gli avvocati addetti ad un tribunale, questa legge sarebbe affatto improvvida.

(*) Libertà assoluta nella scelta del difensore non è accordata dalla legge austr. 29 luglio 1853 sul proc. pen. all' imputato, che allo scopo di ricorrere contro i conchiusi presi dal tribunale dopo finita l'inquisizione, nel caso in cui mancasse un patrocinatore giurisperito (§ 203.) Nel dibattimento l' accusato non può scegliere il suo difensore che dalla lista dei difensori compilata, e pubblicata per quell' anno dal Trib. d' appello. (§ 213 214). Il ricorso poi contro le decisioni prese dopo la fine del dibattimento può essere presentato a favore dell' accusato oltre che dal difensore che lo assistette nel dibattimento, anche dai prossimi suoi congiunti, cioè dal conjuge, dai consanguinei in linea ascendente e discendente, e dal suo tutore (§ 300). (*G*).

(2) Sonvi pur troppo ancora parecchi inquirenti, i quali vanno dicendo al povero inquisito, che ben poco gli gioverebbe un difensore, che il tempo andrebbe perduto, e che la corte suprema avrebbe per gratissima cosa che ei le si abbandonasse pienamente. Così lo inducono a rinunciare alla difesa.

(**) La vigente legge aust. (29 luglio 1853) sul proc. pen. non lascia considerare la grazia quale rimedio a cui il condannato possa ricorrere a suo piacimento in tutti i casi. La domanda di grazia non può pervenire al Sovrano che per il canale dei tribunali, e col loro permesso, intorno al che sono date apposite norme (§ 330). Una declaratoria ministeriale dell' 11 ottobre 1856 conferma però nei procuratori superiori di stato la facoltà di innalzare in ogni caso proposizioni di grazia direttamente al Ministero della giustizia, ogni qualvolta il Tribunale d' appello non avesse voluto trasmettere egli stesso le suppliche di grazia rassegnategli da parte del condannato. (*G*).

può essere consigliata, come quella che adegua tutte le durezze delle sentenze, che rimanessero ad onta delle cure, e delle provvidenze della legge. Vuolsi evitare nelle grazie, che l'arbitrio venga in luogo del diritto. Ciò accade specialmente in Inghilterra, per riguardo alle sentenze di morte, le quali, assai di frequente pronunciate dai giudici, assai di rado però vengono eseguite; (nel 1855 furono pronunciate 50 sentenze di morte, di cui solo 7 vennero eseguite) cosicchè soltanto il ministro dietro insufficienti dati, e guidato da mere accidentalità, decide, se alcuno debba esser messo a morte, o no = 10. Lo stato deve eziandio, quando l'accusato per mancanza di averi non è in grado di procacciarsi un difensore, provvedere che uno gli venga ciò non ostante deputato, e che l'operosità del difensore trovi uno stimolo nell' onorario che si accòrda anche all'avvocato dei poveri (*) (1) 11. Tutte le restrizioni che si facciano subire al difensore nell'elaborazione della sua difesa o colla angustia dei termini, o col rifiuto di necessarie proroghe devono essere evitate. 12. = Non può quindi approvarsi che troppo breve tempo si interponga fra la costituzione del difensore ed il giorno destinato al dibattimento orale = (2). Particolarmente importa, che le deduzioni della difesa vengano anche in cognizione dei giudici decidenti integre e genuine, e non soltanto per via di magri ed infedeli estratti (3).

§ 2. *Carattere della difesa secondo la diversità dei sistemi del processo penale.*

Se anche nessuna legislazione, mentre può comporre un determinato sistema di processo criminale, non può togliere però alla difesa dell'accusato le sue caratteristiche doti, e sbandirla affatto dal processo medesimo, tuttavia lo speciale rapporto della difesa colle altre parti di quello,

(1) Laddove è in vigore il processo orale, ed il difensore difende a voce in pubblico, la cognizione del pubblico è per sè stessa una ricompensa pel difensore, il quale si acquista fama con difese felici. Anche *Hepp* sostiene che il difensore ufficiale debba essere rimunerato.

(*) La legge austriaca del 29 luglio 1853 instituisce bensì difensori dei poveri (§ 213 3 alinea), ma non accorda loro altri diritti di compenso verso l'erario, che quelli nascenti dalle spese [illegible] necessariamente ed effettivamente fatte (§ 348, 2 alinea). (*G*).

(2) = Qui si fa chiaro l'inconvenienza del costume inglese, che la sessione orale si tenga il giorno susseguente a quello in cui fu ammessa l'accusa cosicchè il difensore non si può preparare a dovere. =

(3) = L' istituzione che il relatore legga dagli atti quello che egli stima opportuno, non basta. Per verità è troppo lunga la lettura intiera di certe difese contenute talvolta in numerosi fogli; ma anche questa è una conseguenza del metodo inquisitoriale nel processo, e della mancanza di pubblicità; la pubblicità rimedia a questi inconvenienti. =

la sua influenza sull'intiera procedura, siccome essenziale sua parte, e la sua esterna forma dipendono dal sistema fondamentale che informa il processo penale d'un determinato paese (1), e trovansi altresì in ancor più stretta celleganza colla costituzione dello Stato, col grado di partecipazione del popólo agli affari pubblici, e collo spirito pubblico. È cosa facile istituire la difesa per modo, che nella più parte dei casi sia affatto inetta a raggiungere il suo scopo, e degeneri perfino in una incommoda formalità. Ma la difesa gode d' una assai miglior posizione ed assume un proprio indirizzo, allorqnando il processo penale di un paese è costrutto sulla base della più alta estimazione della civile libertà, reso un affare importante per la nazione, il principio dell'oralità delle pertrattazioni vi è consacrato in guisa, che i giudici decidano solamente sulla più completa osservazione del tutto, e perciò, e per la trattazione pubblica ottiene un alto interesse: il processo accusatorio è il vigente, in modo che almeno ogni inquisizione principale contro l'imputato abbia per base un completo atto d'accusa (*), quando il processo non è principalmente diretto ad imporre ed estorcere confessioni, (**) decide il giurì sulla quistione di fatto, e lo Stato fa dipendere la sua sanzione penale non dalla sentenza d' un collegio di giudici dietro una prestabilita teorica legale della prova, ma dall' unanime accordo d'uomini d'intima, incorrotta persuasione scelti dal popolo, (2) (***).

(1) I due sistemi sono minutamente descritti nella mia opera: l'amministrazione pubblica ed orale della giustizia criminale, ed il giurj paragonati col processo penale tedesco. Parte 1. pag. 128. — V. la mia opera sulla *Teorica della prova nel processo penale.* § 3.

(*) Per la legge austriaca sul proc. pen. del 29 luglio 1853, l'inquisizione principale, ossia quella diretta contro la persona dell'imputato si introduce presso il Tribunale dietro proposta non del procuratore di stato, ma del giudice inquirente, (§ 148). Il procuratore non potrebbe promuoverla che nel caso in cui il Tribunale avesse preso un conchiuso di *desistenza* dalla medesima (§ 197), mediante ricorso al Tribunale d' appello in virtù della facoltà concessagli dal § 68 di ricorrere contro tutti i conchiusi del tribunale risguardanti l'inquisizione. (*G*).

(**) La legge austriaca sul proc. pen. del 29 lugio 1853 dispone espressamente che: una confessione, la quale si fosse ottenuta mediante promesse, minacce, violenze, od altri mezzi illeciti non può servire di prova legale (§ 266).

(2) Su questo sistema riposa da tempi lontani il processo penale dei Francesi e degli Inglesi, e ai giorni nostri niente più si desidera che la universale di adozione esso; se non che nel processo francese può osservarsi che in complesso le idee liberali non furono messe in opera che a metà, come avremo occasione di vedere anche altrove. = Vedi *Mittermaier: il processo penale inglese,* pag. 178. =

(***) La legge austriaca sul proc. pen. del 29 luglio 1853 ha abbandonato il sistema dell'*intima convinzione* dei giudici nel calcolare le prove, che avea adottato l'anteriore regolamento processuale criminale del 17 gennajo 1850, per seguire il sistema della così detta *teorica legale negativa* della prova. Essa ha

giudica dietro la propria totale contemplazione pel caso, testimonio fin dai primordii alle pertrattazioni, sicchè la sua difesa ottiene più sicuri fondamenti. E dove nella stessa inquisizione preliminare (3) non sia niegata all' imputato l' assistenza di un difensore, (*) può dirsi nulla mancare all' innocente a prontamente respingere il mossogli attacco. Deputato all'accusato dal principio dell'inquisizione principale, il difensore può opporsi tosto ad ogni illegale operato del giudice inquirente, può con opportune domande e riclami curare alla completazione delle indagini, segnatamente alla pienezza della prova di discolpa, e reagire contro ogni illecita preponderanza dell'accusatore. Sicuro. che per una ingiusta

Non vincolato agli atti spesse volte infedeli, mancanti, e poco acconci a ritrarre al vivo le cose, è quel difensore, il quale nella procedura orale

predisposto cioè alcune combinazioni di prove, alle quali, oveacceda il *convincimento* (ueberzeugung) del giudice, vincolato solamente in ciò che non può tener conto di dati probatorii che la legge abbia dichiarati naturalmente nulli, o che non abbiano il loro fondamento nelle risultanze del dibattimento, (§ 260). possono ritenersi da lui come provati, sia il fatto, sia la sua relazione con una persona determinata. In tal sistema non può più darsi che una combinazione di prove preveduta in generale dalla legge imponga al giudice di dichiarare in un caso particolare sussistente un fatto criminoso, o reo un accusato, perchè la stessa qualità positiva di prove nei singoli casi non è riconosciuta dal giudice ai dati della legge, che se ne è logicamente persuaso. La teorica legale della prova diventa la così unicamente una guida proposta al giudice intorno alle fonti donde possono emergere le prove sia del fatto criminoso, sia della reità dell'accusato; la così detta *tariffa delle prove* dei sistemi probatorii criminali antichi è sbandita, sicchè da questo lato il nuovo regolamento processuale criminale austriaco non presenta essenziali difetti. E quella teorica, non fu desunta dal legislatore austriaco d' altronde che dalla sperienza interpretata dalla scienza; lo riconobbe lo stesso Mittermaier in un passo di un suo scritto inserito nell' Archivio del diritto criminale (fas. del 1854), che si trova addotto nell'opera del professore Hye, *die leitenden grundsätze* ecc. pag. 281. *Devesi riconoscere*, dic' egli, che le regole probatorie proposte dalla legge austriaca sul processo criminale del 29 luglio 1853, *sono un fedele risultato delle più assennate ricerche intorno alla teorica delle prove.* ».... (*G.*)

(1) Ciò è almeno concesso nella inquisizione preparatoria inglese. V. Mühry, trad. del manuale di *Stephens*. p. 370.

(*) Durante l' inquisizione la presenza di un difensore non è accordata di regola all' inquisito dalla legge austriaca del 29 luglio 1853. A tale mancanza pare che questa legge abbia inteso supplire in qualche modo coll'ordinare la presenza di due testimonii giudiziali all'inquisizione speciale, cioè al costituto dell' imputato (§ 172). Ma un tale surrogato è di mera apparenza, dacchè quei testimonii giudiziali non sono giureconsulti, ma semplicemente probi viri (§ 68), e per la stessa loro qualità di testimonii sono esclusi dal prender parte alle operazioni del giudice (§ 69). Non è però a dirsi che in in qualche caso una sifatta controlleria non abbia a riuscire ai giudici di ritegno e all' imputato di salvaguardia.

G.

smania di segretezza non gli verranno angustiate le sue attribuzioni per la difesa, il suo rapporto col tribunale si fa aperto e decoroso, ed anche il suo ufficio ne è agevolato, pervenendo egli a conoscere dall'atto d'accusa tutti i fondamenti dell'imputazione, e tutte le proposte dell'accusatore, sicchè è messo in istato di ribatterle.

In ispecial modo acquista un alto interesse la difesa, quando non si riduca la medesima ad una scrittura di discolpa, che spesso rimane agli atti non letta, oppure viene partecipata dal relatore ai giudici in infedele estratto.

Laddove il difensore è presente in persona a tutte le trattazioni, può rivolgere domande ai testimonii ed ai periti, ed ovviare con ciò ad ogni parzialità, e durante la trattazione conosce a quale circostanza l'accusatore dia valore di fatto imputante, ottiene la difesa la necessaria sua base (1), imparando a conoscere completamente le armi d'attacco, e potendole rintuzzare. Locchè è di segnalata importanza rispetto alla prova indiziaria (2), potendo il difensore nella trattazione orale ovviare alla formazione di pericolosi indizii, con domande ai testimonii, e col ribattere prontamente le conclusioni, che l'accusatore trae da queste o quest' altre circostanze di fatto.

La difesa ottiene nella procedura orale pubblica un altro vantaggio eziandio perciò, che la vera connessione dei fatti su cui si adorge l'imputazione viene esposta nella luce più propizia all'imputato, e questi può vivere sicuro, che all'atto stesso in cui è condannato come colpevole, il suo delitto viene a cognizione del pubblico con tutte le sue circostanze attenuanti.

Altra è invece la condizione della difesa, quando il processo penale siegue un opposto sistema, proprio del diritto comune germanico, in cui egli è commesso nella via scritta ad un pubblico impiegato, e condotto in segreto, perchè si teme, che la pubblicità non abbia ad agire svantaggiosamente sulla scoperta del vero, nè la decisione è affidata al popolo, ma ad appositi giudici giurisperiti, i quali sentenziano dietro una prestabilita teorica della prova. La necessità che i giudici decidenti, i quali rimangono separati dall'inquisito, vengano per mezzo degli atti messi in istato di decidere del caso così appuntino e sicuramente, come se fossero stati presenti a tutta l'istruzione, genera in questo processo la necessità di una completa redazione degli atti. — Il processo inquisitorio puro favorisce il segreto giudiziario, e fa sì, che l'intiero processo penale, compresavi l'inquisizione preliminare e la principale (speciale), venga riguardato soltanto come un'unica serie di operazioni connesse fra di loro, per cui il giudice tende specialmente al conseguimento

(1) L'autore si provò in difese nel processo inquisitorio germanico, e davanti ai giurati, e sa per esperienza quanto diversa, e più sicura sia la difesa nel processo orale.

(2) V. il mio articolo nell'archivio del Dir. Crim. 1844, p. 591.

di una confessione, ed allontana quindi l'imputato da ogni esterna influenza. Secondo questo sistema, (1) il difensore non può dal principio dell'inquisizione, essere testimonio alle trattazioni, e consigliere dell'imputato, perchè la sua influenza su quest' ultimo impedirebbe di leggieri l'estorcimento della confessione; l' introdotto segreto giudiziario esige che gli atti rimangano fino alla chiusura dell'inquisizione un segreto tanto per l'accusato, quanto pel suo difensore, ed appena quando è ultimata l'inquisizione acceda all'imputato il difensore vincolato al contenuto degli atti, ai quali egli non può negar fede, come a pubblici documenti (2). L' introdotta trattazione scritta obbliga anche il difensore a cotal forma, non gli permette che l'insinuazione di scritti, i quali, come tutti gli altri, deposti agli atti, non vengono mai partecipati dal difensore medesimo ai giudici decidenti, sibbene dal relatore che fu destinato. La qualità stessa dei giudici, ai quali è diretta la difesa, circoscrive eziandio il difensore alla sola produzione di punti, i quali debbono avere valore pei giudici, a circostanze conformi al tenore degli atti, e ad argomenti rigorosamente legali, sbandita l' applicazione d'ogni altro sussidio di vivace esposizione, e tolto insieme alla difesa tutto l'interesse che le potrebbe venire da una opportuna eloquenza forense. — Per tal modo l'accusato difetta dei mezzi accordati dall'altra forma di procedura, di influire egli stesso sulla trattazione, ed in particolare sull' assunzione delle testimonianze e delle perizie, di impedire procedimenti che nuocano alla scoperta della verità, e di far si con appropriate domande, che si tenga conto anche dei punti di fatto giovevoli alla difesa; mentre dall'altra parte il difensore, che nel processo segreto, e scritto deve attenersi agli atti, ed accettare come vero, e come legalmente constatato quanto in essi è scritto, incontra già per questo gravi difficoltà a cogliere le incorse regolarità (3), ed ancor più a comprovarle. Niuna guarentigia ha nemmeno il difensore, che il risultato degli atti venga recato completamente e fedelmente a cognizione di tutti i giudici, non essendo egli presente all'atto della relazione. Non può egli risapere quali sinistri punti di vista abbia presentato uno dei giudici, quali circostanze di fatto abbia egli fatte valere per indizii, e così in ogni cosa deve starsene in apprensione, che l'imputato non rimanga indifeso, dacchè nessuno fa risaltare i momenti a lui favorevoli.

In un processo penale che ordini alla chiusura dell' inquisizione un dibattimento orale davanti ai giudici decidenti (4) (*), la condizione del

(1) Su di questo è costrutto il processo del diritto comune, e quello delle legislazioni prussiana, e bavarese.

(2) Che tuttavia il difensore debba esaminare la credibilità degli atti, ed oppugnarli, se vi trova difetti, lo si mostrerà più sotto.

(3) Imperocchè gli atti fanno prova piena in tutto il loro contenuto.

(4) P. es. secondo il regolamento virtemberghese del 1843.

(*) È questo il sistema seguito dalla legge processuale crim. austr. del 29

difensore è già per questo migliore, essendo egli per lo meno presente alla trattazione, donde conosce l'accusa, e può quindi ribatterla, e viene in chiaro già prima del dibattimento, dello stato dei risultati dell'inquisizione, provvedendo, se occorra, all'assuzione suppletoria delle prove di difesa. Eziandio certo è il difensore, che la sua difesa perviene a cognizione dei giudici decidenti, e che egli stesso nella sessione potrà abbattere tutti i fondamenti, sui quali il procuratore di Stato edificherà la sua accusa. Tuttavia anche in questo sistema la difesa non è abbastanza bene ordinata, perchè durante l'inquisizione il difensore non ha accesso al detenuto, nè è presente all'assunzione delle testimonianze, e delle perizie, e deve in quella vece attenersi agli atti, e nel dibattimento finale gli manca il capitale sussidio, guarentito dalle legislazioni inglese, e francese, della cooperazione all'assunzione delle prove.

= Anche nelle legislazioni, le quali ammettono un processo accusatorio orale può osservarsi una grande diversità rispetto alla posizione del difensore.

I. Nel processo inglese è messa in pratica con perfetta conseguenza la massima, che il processo orale davanti ai giurati (Trial) in base all'accusa ammessa dal grande giurì (indictement) è il vero processo penale. sulle cui risultanze devesi pronunciare la condanna (v. la mia opera: il processo penale inglese pag. 700, e la mia opera: legislazione ed applicaziane del diritto nel processo penale, pag. 121). L'inquisizione preparatoria non è quindi essenziale, perchè l'accusato non è impedito dal comparire immediatamente davanti al grande giurì radunato, e dall'elevare le sue accuse; ma ove anche la inquisizione preparatoria abbia luogo, non ha dessa altro scopo, che di rendere possibile al giudice il decidere, se l'imputato di delitto, debba essere tradotto davanti al giudizio, cioè davanti al *grand juri*, il quale decide poi, se l'accusa profferita debba essere ammessa, e mossa nel *trial* davanti al giurì decidente. Si riconobbe però nel processo inglese, che già in questa inquisizione preparatoria l'imputato possa servirsi di un difensore, onde ovviare ad ogni parzialità della procedura. Pertanto l'imputato può (anche se egli è già detenuto) condur seco al giudizio un avvocato, il quale può muovere eccezioni contro le proposte dell'accusatore, o le disposizioni del giudice, fare egli stesso proposte nell'interesse dell'imputato, e dirigere domande ai testimonii prodotti dell'accusatore. Il difensore inglese non trovasi tuttavia molto spesso durante l'inquisizione pre-

luglio 1853. Il principio dell'accusa nei gravi casi di processo criminale proclamato nelle Risol. Sov. del 31 dicembre 1851 fu attuato nel regol. del proc. pen. del 29 luglio 1853, instituendo un processo essenzialmente fondato, come dice Hye (op. cit. p. 21), sul principio inquisitorio, rivestito delle *forme* dell'accusa. Ma queste forme non compajono appunto che nel dibattimento finale, che tien dietro al completo esaurimento dell'inquisizione; in esso l'accusa è sostenuta dal procuratore di stato, al quale si oppone il difensore.

(G.)

paratoria nella situazione, di fare tali proposte nell'interesse della difesa perchè in Inghilterra l'imputato non viene sottoposto ad alcuna udienza, e soltanto dopo che egli ha ascoltato i testimonii sentiti contro di lui, viene interrogato, se voglia dire qualche cosa in proposito, nel che il giudice deve avvertirlo, non corrergli obbligo di rispondere (1).

Nella trattazione orale davanti ai giurati (trial) la difesa ha in Inghilterra le seguenti particolarità, 1. L' ufficio di difensore è importante, perciò che dipende da lui, quali testimonii e periti debbano assumersi nell'interesse dell'accusato, perchè l'accusatore non invita che i testimonii mediante i quali spera potere provare la sua accusa. 2. Il difensore ha in Inghilterra un diritto di immediata influenza sulla assunzione, e sull'applicazione delle prove, e propriamente: *a*) in quanto ogni testimonio che l'accusatore interroga nel dibattimento è pur soggetto all' interrogazione del difensore, il che ottimamente serve ad impedire la parzialità delle deposizioni, ed ad astringère i testimonii a deporre la piena verità; *b*) in quanto il difensore sente egli stesso i testimonii di difesa. *c*) Poichè nel processo inglese l'imputato non è ascoltato dal presidente, il difensore è molto più indipendente, egli conosce completamente l'accusato, e fa valere ogni cosa per lui, secondo che meglio sembragli onde conseguire lo scopo della difesa. *d*) Riposando il processo inglese perfettamente sul principio dell' eguaglianza delle forze tra accusatore e difensore, la condizione del difensore è semplice ed agevole, non dovendo egli adoperarsi che allo scopo di sventare gli assalti dell'accusa, che possano tornare funesti all'accusato, e ad impedire che i mezzi e le prove della accusa non agiscano sull'animo dei giurati in modo dannoso all'accusato. *e*) Le deduzioni orali del difensore sono: 1. o mere introduzioni alla prova di discolpa, che egli deve condurre, onde fare attenti su ciò che egli crede utile provare (2), oppur 2. quelle che egli propone soltanto dopo chiusa la procedura di difesa, quando i testimonii furono sentiti, onde mostrare l'infondatezza dell'accusa. 3. In Inghilterra il processo penale ha la particolarità, che in complicate trattazioni si assumono spesso due e persino tre difensori, i quali si dividono le parti in modo, che l'uno tiene il discorso di introduzione, un altro interroga nel dibattimento i testimonii dell'accusatore, ed ascolta i testimonii della difesa, ed il terzo tiene il discorso finale. 4. La condizione del difensore è in Inghilterra affatto singolare perciò, che non formandosi i giurati persuasione della reità, nè pronunciando condanna, che dopo intelligente esame delle prove del delitto, su cui l' accusa aggirasi, dietro regole probatorie formatesi coll'uso del foro, e confermate da lunga esperienza e non, quindi, allorquando rimangono ancora fondati dubbii sulla reità, il difensore non deve tanto cercare di influire sull'animo loro, quanto

(1) Vedi la mia opera: il proc. pen. ingl. pag. 128.
(2) La mia opera; la legislazione, ecc. pag. 481.

di condurre una logica difesa, la quale diventa molto più semplice e persuasiva.

II. Una posizione assai differente da quello dell'avvocato inglese ha il difensore nel processo francese, e noi ne esporremo le peculiarità nel capitolo 4. Qui fa d'uopo solamente indicare, come la posizione del difensore vi sia essenzialmente determinata dall'indole della procedura orale, e propriamente dal modo in cui stanno tra loro in rapporto l'inquisizione principale e l'inquisizione preparatoria. Per verità anche nella procedura francese il dibattimento viene riguardato propriamente qual processo penale, in quanto solamente sulle prove discusse contradditòriamente nella trattazione orale, possonò i giurati edificare la loro sentenza (1), ma l'inquisizione preparatoria ha una maggiore importanza di quella che nel processo inglese, perchè i di lei risultati non solamente sono messi a profitto dall'accusa, ma vengono anche adoperati nella trattazione principale, e, se l'accusato li ritratti, gli si fanno valer contro, locchè per la difesa è tanto più dannoso, in quanto l'inquisizione preparatoria in Francia è secreta, ed affatto inquisitoriale. (2), ed aggrava il difensore del peso di ribattere confessioni cavate spesso con astuzie ed insidie. Eziandio i protocolli assunti nell'inquisizione preparatoria sopra le deposizioni dei testimonii vengono adoperati nella trattazione principale, in parte onde confutare il testimonio, che volesse in questa deporre qualche cosa di differente da quanto depose in quella, in parte, onde si possano leggere le assunte deposizioni di un testimonio, il quale è morto, o per altri motivi non può intervenire alla seduta. In riguardo all'inquisizione principale la posizione del difensore é nella legislazione francese assai importante, e propriamente 1. in quanto spetta al difensore fare gli opportuni preparativi affinchè i testimonii e periti utili alla difesa vengano chiamati alla seduta; 2. in quanto il difensore ha diritto di influire sull'assunzione e sull'esame dei testimoni e periti chiamati, muovendo loro inchieste nell'interesse della difesa, nel che sventuratamente la condizione del difensore francese è assai ristretta, perchè i testimonii non sono esaminati che dal presidente, ed il difensore non può far loro domande che per l'organo di esso, pregandolo cioè di interrogare, nel che dipende manifestamente dal presidente, se, e come voglia interrogare. 3. La condizione del difensore francese è pur angustiata nel senso, che la sua difesa può mancare di molti elementi, perchè il presidente interroga l'accusato, e quindi una confessione, che questi deponga nel dibattimento, può dare alla difesa un tutt'altro indirizzo da quello che si potesse prevedere dai risultati dell'inquisizione. 4. Quando per la soverchia protrazione della inquisizione accada che le deposizioni dei testimonii, che furono sentiti in quella, non si possano che leggere

(1) Donde si spiega la proibizione contenuta nel cart. 341 del *Code*. V. su di questo la mia opera: *la legislazione* sul *processo penale, pag.* 579.

(2) *Hélié, Traite de l'instruction criminelle*. Vol. V. pag. 509.

nel dibattimento, il difensore viene ad essere privato del mezzo di fare ai testimonii domande, le quali avrebbero dato occasione a risposte dettagliate ed attendibili. 5. La grande preponderanza del procuratore di Stato francese distrugge la massima della eguaglianza fra le armi dell'accusa e quelle della difesa, principalmente perchè il procuratore di Stato può ad ogni istante fare osservazioni e muovere domande, locchè è negato alla difesa. 6. Più ancora contribuisce a rendere trista la posizione del difensore il potere discrezionale del presidente, il quale specialmente col suo diritto di citare e di sentire testimonii che non si trovano sulla lista dei testimonii fa sì che ne compajono di tali, che la difesa non conosce, e la cui moralità o credibilità ella non potè investigare; 7. Un altro pregiudizio per la difesa risiede in ciò che i giurati non possono decidere di altri punti che di quelli sui quali si fecero loro domande, nel che però non dipende che dal presidente, quali domande ed in qual modo egli voglia proporre, e spesso anche può egli respingere domande che il difensore propone, per es. nell'accusa di omicidio, le domande, intorno all'uccisione, come pure le domande relative a cause che escludono la pena, discolpando intieramente, come sarebbero quelle intorno ad avvenuta provocazione. 8. Poichè in Francia i giurati non decidono che dietro la indeterminata *intime conviction*, manca la difesa di certa base, ed il procuratore di Stato può mettere innanzi una massa di argomenti sforniti di rigor logico, ma capaci di commuovere il sentimento dei giurati, cosicchè il difensore non sappia, che cosa debba ribattere, e non gli resti che a contrariare l'impressione fatta dal procuratore di Stato sui giurati a pregiudizio dell'accusato, oppure a ricorrere egli pure a mezzi atti a muovere gli animi e ad impietosirli.

§. 3. *Influenza della forma, secondochè vige il principio accusatorio o l'inquisitorio.*

Chi si faccia a considerare l'intima differenza del principio dell'accusa, e di quello dell'inquisizione, gli si farà chiaro non solamente, che da tale considerazione dipende lo scioglimento del problema, se convenga meglio che il processo penale si istituisca per via di accusa, o d'ufficio, ma eziandio che quella differenza, operativa anche ne'più piccoli dettagli della procedura, manifesta la sua influenza sulla costituzione e sulle forme della difesa. Mentre in virtù della prima forma l'accusato consegue la palese esibizione di tutti i capi d'accusa, e di tutti i fondamenti di sospetto (indizii), e, sapendo di qual delitto è accusato, può in conseguenza difendersi dall'attacco, è rassicurato, che l'inquisizione rimane limitata a quei soli delitti che furono materia dell'accusa, e in pari tempo, in virtù delle massime del processo accusatorio, l'accusatore ha dovere di fornire tutte le prove che confermano le sue asserzioni, e l'inquirente

sta quindi imparziale fra l'accusatore e l'accusato, ristretto all' indagine della verità delle asserzioni recate innanzi da ambo le parti, mentre l'accusato è sicuro che niuna imputazione viene a cognizione dei giudici decidenti, senza che siasi preventivamente fatto luogo alla difesa, — tutto invece è nel processo inquisitorio per guisa ordinato che la difesa sostanzialmente ne soffra (1). Vi manca il pubblico attacco contro del quale l'imputato si può difendere (2). Quest' ultimo viene a sapere soltanto per iscarse e gelose comunicazioni che cosa si voglia da lui, di che lo si incolpi, e perchè; egli deve fingersi da sè stesso un attacco ed una accusa (3), onde rivolgervi contro la sua difesa; non è sicuro un istante, che ove anche il delitto, che in origine diede occasione all'inquisizione non venga provato, l'inquisizione, a cagione di una deposizione sfuggita ai testimonii, o di pubblica voce, non si estenda a nuovi delitti (4). Le comunicazioni al principio delle inquisizioni sono spesso così riservate, che l'imputato sovente non può sapere di che si debba difendere; e ciò tanto meno, dacchè di frequente l'inquirente medesimo non sa bene di qual delitto egli vada in traccia (5). L'inquirente, alla cui imparzialità l'accusato deve affidarsi, non può cattivarsi troppo la sua fiducia, e perchè le parti dell'accusatore e del giudice sono confuse (6), e quegli stesso, cui l'imputato deve credere per suo giudice, rintraccia pure le prove ed i minimi indizii, e perchè eziandio nel processo inquisitorio tutto inteso al consegnimento della confessione, ogni amichevole espressione dell'inquirente, ogni tratto confidenziale del medesimo non può che riescire sospetto all'accusato, il quale deve credere che tutto questo non miri che a coglierlo in agguato, ed a strappargli una confessione. Che se anche si faccia obbligo all'inquirente di investigare i motivi di discolpa (*), niuno che sia conoscitore dell'andamento di una inquisizione, vorrà negare che anche il più coscienzioso inquirente non è in grado di soddisfare a tale incarico, perchè spesso egli non può immaginarsi in sua mente le

(1) Hepp. = *Accusa, pubblicità, ed oralità nel processo penale* p. 47.

(2) *Gerstäcker* nell'*istruzione intorno all'opportuna compilazione degli scritti di difesa* (Lipsia 1822) I. p. 8, dice a ragione: il *processo accusatorio somiglia all'assalto aperto, e l'inquisitorio all'assalto nascosto del nemico.*

(3) L' autore ebbe ad occuparsi di un caso in cui non si poteva ben discernere, se l'imputato fosse processato per furto, o per fattasi giustizia da sè, o per falso, o per infedeltà, o per abuso del potere d'ufficio.

(4) V. il mio articolo nel nuovo arch. del dir. crim. tomo 5. p. 541.

(5) Contro il sistema della riserva si dichiara anche *Puchta: processo inquisitorio*, p. 225.

(6) Hepp. p. 47.

(*) L'ordinanza giudiziaria criminale di Giuseppe II, (§ 82) confermava l'abolizione della difesa dei rei con queste parole: *siccome è dovere del giudice criminale rilevare d'ufficio la verità con tutte le sue circostanze, e quindi assumere anche la difesa dell' innocenza, così non si deve accordare difensore durante l'inquisizione, nemmeno se l'inquisito lo domandasse.* = (G).

relazioni, donde emergono punti di difesa (1). Nè è meno incapace l'imputato, che sia detenuto, di raggranellare le prove della difesa, e di raccoglierne i materiali necessarii alla medesima. Egli è chiaro che troppo tardi interviene il difensore ad inquisizione ultimata. L'inazione del difensore durante l'inquisizione non è che una conseguenza del processo inquisitorio e dell'eccessivo favore accordato a tutto ciò che conduce a carpire una confessione (2). Mentre pertanto nel processo accusatorio le relazioni, e le colleganze naturali delle parti che lo compongono, dell'accusa cioè, dell'istruzione, e della difesa, riposano sovra salda base, nel processo inquisitorio all'incontro sono quasi inevitabili la compenetrazione, la confusione e le violazioni di esse (3). Suggerite da un naturale sentimento di restituire in qualche modo quello che si è violato, appajono le proposte intorno all'istituto della difesa, per le quali accanto all'inquirente abbia a collocarsi una persona proba, indipendente da lui, a solo controlleria in favore dell' accusato, e colla facoltà di investigare a tal'uopo (4); se non che, promuovendo per tal modo una costante dissidenza fra due funzionarii, non ne avvantaggia nè l'accusato, nè la giustizia (5). La pratica di tutti i singoli stati germanici, ne fa conoscere, che più o meno fondate lagnanze si vanno muovendo ovunque intorno alle restrizioni arrecate alla difesa (6), locchè tanto più è di danno, perchè ne patisce lo scopo medesimo della giustizia penale.

= Egli è facile avvertire, che in tutte le recenti ricerche intorno al rapporto fra il processo accusatorio e l' inquisitorio domina tuttavia molta oscurità, e che troppo volontieri si crede, che la sola forma dell'accusa soddisfaccia all'indole del processo accusatorio, mentre si procede del resto nel mero spirito inquisitoriale, e si dirigono le udienze al solo scopo di ottenere, dovunque si possa, confessioni dall'accusato (7). Più rettamente la pratica del processo accusatorio vuolsi far consistere in ciò, che da una parte l'accusatore sia obbligato a dar prova della sua accusa, e dall'altra l'incolpato sia reputato innocente fino a che non sia stata esaurita contro di lui la prova della colpa dall'accusatore, e che l'accusa

(1) Hepp. p. 47.

(2) *Höpfner*: del *processo accusatorio* e dei *giurati*, p. 88, niega per verità che nel processo crim. ted. sia dato troppo poco posto alla difesa, ma non può a meno di confessare, che la difesa abbisogna di più precise determinazioni; se non che egli reputa dannosa l' ingerenza del difensore nell' andamento dell'inquisizione.

(3) V. l' opera: sul proc. pubb. orale nelle cause criminali. Cassel. 1849, p. 74, e *Gerstäcker* l. c. pag. 915.

(4) Ciò propose p. es. *Almendingen* nella biblioteca del dir. pen. p. 3, cap. 1, n. 2.

(5) *Stelzer* nel vecchio arch. del d. Crim. parte VI, p. 66, ed il mio Manuale del proc. penale, 1, p. 187.

(6) P. es. nel Giornale di *Iagemann* e *Nöllner* pel proc. crim. I. p. 808, e III, p. 113, ed in molti luoghi del Giornale degli avvocati.

(7) V. *Mittermaier*. La *legislazione nel proc. crim.* §. 18.

una volta fatta rimanga poi sempre la base di tutta la trattazione, nè si possa andar oltre quella; sicchè, allorquando, per esempio, l'accusa fu posta di uccisione, non si possa per circostanze riscontrate nell'inquisizione fare indagini intorno ad omicidio. Secondochè ora in una legislazione è accolto il principio inquisitorio o l'accusatorio, anche la condizione della difesa è differente. Là dove vige il principio dell'accusa, il difensore ha una più sicura base per la sua difesa, conosce l'assalto che deve respingere, può apparecchiarsi a ribattere l'accusa nei termini in cui venne posto, ed ha adempiuto al suo dovere coll'abbattere le prove recate innanzi dall'accusatore, mentre al contrario nel processo inquisitorio, il difensore deve sempre temere che le arti inquisitoriali non procaccino un materiale ch'egli non sarà preparato a distruggere. =

§ 4. *Svolgimento storico della dottrina della difesa nelle differenti legislazioni.*

Nel processo generale Romano apparvero di buon ora i difensori, i quali nelle loro arringhe esponevano con eloquenza i punti di difesa, (patroni) (1) e più tardi furono trascelti del numero degli avvocati assegnati al Giudizio (2). Egli è certo che ancora al principio dell'era imperiale qualunque persona poteva assumersi la difesa di un accusato (3), intorno al che invalse dappoi la regola, che nelle cause penali non potesse intervenire un terzo come procuratore per l'accusato (4). Che il giudizio provvedesse allora, come appo noi, alla deputazione d'un difensore (5) non lo si potrebbe dimostrare (6). L'istituto della difesa appartiene al diritto germanico (7). Nel diritto germanico antico era di uso (8), che l'accusato comparisse in giudizio accompagnato da suoi amici e congiun-

(1) *Geid. Storia del processo criminale rom.* p. 321 e *F. Hélie: traité de l'instruction criminelle.* 1. p. 79.

(2) *Geid.* p. 602.

(3) *l. p. D. de apellat.* Degna di riguardo è anche la legge 19. D. *de pœnis* V. anche *Ayrault ordre, formalité, et instruction judiciaire dont les anciens Grecs et Romains etc.* p. 486.

(4) Per esempio nella l. 13 § 1. *D. de publ. jud. l.* 26. *Cod. de procurat.*

(5) L'espressione romana *defensor* non indica però un difensore nel significato odierno. *Crèmani de jure crim. tom.* III. p. 11, *Glück Commentarj* parte V. § 386.

(6) *Biener : sopra le recenti proposte pel miglioramento della procedura criminale nel Giornale per la scienza storica del diritto.* Vol. XII. p. 100.

(7) *Biener* non vuol che si desuma nulla dalla c. 2. h. IV. qu. 4. perchè tal passo riscontrasi nella raccolta pseudoisideriana, ed il Capitul. del 744. non sembra genuino.

(8) V. *Dreyer. Ricreazioni* p. 40.

(9) A ciò si riferiscono anche i passi nei libri di diritto e negli statuti, in cui si determina, con quante persone debba comparire l'accusato in giudizio. Vedi per esempio lo specchio sassone 11. 67.

ti (9); ma non mancano argomenti per asserire che l' imputato potesse sceglièrsi un patrono, o procuratore, e ne (1) ottenesse persino uno dal grembo degli Scabini (2), ove lo domandasse (3). Del resto i giuristi i quali coltivarono il processo formatosi a poco a poco nei Tribunali clericali (4), e le cui opere ebbero poi influenza sul processo comune germanico, furono costanti propugnatori della massima, che la difesa dovesse intervenire in ogni processo, ed acconsentirsi ad ogni inquisito. La Carolina si attenne a questo diritto consuetudinario, confermò (5) in particolare la facoltà dell' accusato, di scegliere da sè medesimo un peroratore o di farselo dare d' infra gli Scabini (6): la principale opera del difensore consisteva nella trattazione finale, in un discorso orale (7) oppure in una scrittura di difesa, non è però ben chiaro, se durante l' inquisizione il patrocinatore potesse assistere l' imputato, ove questi fosse detenuto (8). Il processo accusatorio che era in allora sovente in uso agevolava assai l' opera del difensore (9). In seguito quando invalse il processo inquisitorio, qualche cosa fu immutata; si credette di aver molto fatto colla provvisione che l' inquirente dovesse farsi carico d' ufficio dei punti favorevoli all' accusato (10); ed in parecchi paesi dominò sifattamente questa idea, che si negò del tutto un difensore all'accusato durante il processo inquisitorio (11). Delle moderne legistazioni

(1) *Raepsaet, de l'origine et des droits des anciens belges.* Vol. III. p. 243-88 Passi nell'introduzione di *Meister* nel processo penale 1. p. 219.

(2) Passi ben raccolti nel Glossar. di Haltaus p. 860.

(3) Persino nei giudizii dell'inquisizione spagnuola l'inquisito otteneva un difensore (però al fine del processo). Vedi *Biener, supplimenti alla storia del proc. inquisit.* p. 77.

(4) I passi dei giuristi antichi si trovano raccolti in *Angelo Aretino de maleficiis.* § qui jud. dictis, edizione di Venezia 1887. p. 231. V. anche *Clarus,* sentent. lib. V. § final. quest. 49. m. 15 (specialmente colle molte aggiunte nell'edizione delle sue opere fatte a Ginevra. N. 30. Vol. 2. p. 892 (e vedi pure Goth. a Bavo Theoria criminalis ad provinc. forens. *Ultrajecti* 1646) p. 178. Vero si è, che i giuristi del medio evo scambiarono spesso il difensore col procuratore.

(5) Art. 88. C. CC. Lo scabino eletto a difensore non poteva però prendere parte alla decisione.

(6) L'accusato poteva però eleggersi chi gli piacesse a suo patrocinatore.

(7) Art. CCC.

(8) Che questo era permesso pare che emani dall'articolo 47. CCC. nelle parole; *sia che lo voglia il prigioniero od i suoi amici.*

(9) Importanti notizie sopra questa forma allora vigente ci danno le ordinanze di *Henneberg* del 1539. lib. VII. tit. VIII. cap. 4: ed il diritto badese del 1588. p. V. tit. 6. § 1-6. Sulle dottrine del secolo 17. V. Carpzov: pratic. crim. qu. CV. e CXV.

(10) Giusta l'articolo 49. CCC.

(11) Un ragguardevole esempio ne diede il cod. crim. bavar. del 1754 parte II. cap. 8 § 10, il quale nel processo accusatorio ammette un defensore, e lo nega nel processo inquisitoriale.

soltanto l'austriaca in vigore fino al 1850 (1), aveva adottato questo sistema dell' esclusione del difensore in 1. istanza, nel mentre accresceva la responsabilità dell'inquirente circa la più scrupolosa ponderazione dell' innocenza. Sono però inspirate da una simile fede nell'imparzialità e nella avvedutezza dell' inquirente, a cui tocca eziandio la parte di difensore dell' inquisito (2), e da una cupa diffidenza verso gli avvocati, e da malintesa smania di celerità, quelle legislazioni, le quali accordano un difensore appena nei gravi delitti, e lo rifiutano in tutti gli altri, cioè nella più gran parte (3), oppure quelle che dichiararono direttamente alcuni delitti non capaci di difesa (4). Ma ad onore dalla pratica vuolsi avvertire che fino dal secolo 16.° (5) invalse l' idea della necessità di favorire la difesa, e che pertanto in tutte le inquisizioni senza riguardo al punto, se ancora sussistessero prove sufficienti contro l' imputato, era accordato il difensore (6); ed interpretavasi per modo una prescrizione della CCC. (7), che il Giudice dovesse provvedere d' ufficio alla deputazione d'un difensore in certi delitti, anche se l'imputato ricusasse la difesa. La difesa perdette molto della sua importanza, allorquando si confuse talmente il rapporto fra l' inquisizione preliminare e la principale,

(1) Cod. pen. 3 sett. 1803. Parte 3. § 337. - *Jennul Dir. crim. austr.* parte 3. pag. 280.

(2) Già il *Kress* nel Comment. ad art. 49. CCC. § 3 opina, che *aliorum nogoliorum moles, ambitio, commoditatis studium* potranno facilmente trattenere il giudice dall' avere cura dell' innocenza con eguale solerzia.

(3) A questo novero appartiene sgraziatamente la legislazione penale badese, la quale giusta il regolamento pei tribunali superiori del 1803. § 261, l'editto penale del 1812 § 22, e l'Ordinanza del 4 giugno 1806, non accorda difensore se non nei casi in cui sovrasti pena di un anno di ergastolo o maggiore. V. eziandio l'ordin. del 4 luglio 1809. (Sui casi della difesa necessaria). Una simile prescrizione esisteva anche in Prussia giusta l'editto del 9 genn. 1736. Lagnanze intorno alle restrizioni delle difese nel Baden vedile nel giornale di *Jagemann* III. pag. 120.) (La legge processuale criminale austriaca del 29 Luglio 1853 concede la difesa dell' imputato in ogni processo per crimine, ma la rende necessaria nei soli casi in cui il Codice penale commina la pena di morte, o quella del carcere duro per 5 o più anni (§ 213). *G.*

(4) P. es. in Sassonia trattandosi di tumulti, rapine, duelli; ma *Stübel, dir. crim.* § 2300 opina a ragione che per la generale prescrizione della legge sassone del 30 Apr. 1783 questi antichi ordinamenti si possono riputare aboliti. Si vedrà più sotto che l'attuale legislazione sassone è molto più liberale in relazione alla difesa.

(5) Ragguardevole è l'ordinanza dei duchi *Enric e Guglielmo* di Luneburgo del 1567, giusta la quale devesi nel giorno del giudizio accordare al prigioniero un oratore che ne perori la causa.

(6) *Carpzov. praxis.* qu. 115 num. 9, 13. *Oldecop. observ.* crim. t. I. *observ.* 12 *Brunemann*, proc. inquisit. cap. 8. *Loyser praxis* crim. p. I. cap. 7. — *Ludovici*, Introd. cap. 9. § 1-10. Meister, Introd. parte I, p. 223.

(7) Art. 47. CCC. V. su di ciò Kress. ad art. 47, § 1. *Tittman. Man.* III, pag. 433.

che alla fine si dimenticò del tutto la vera destinazione di quest' ultima, e la si considerò soltanto come una ripetizione formalmente necessaria dell' inquisizione preliminare, oppure la si reputò totalmente inutile e la si abolì, cosicchè l' inquisizione procedette continua in una serie non interrotta di trattazioni; si temette in conseguenza del principio inquisitorio e dell' intento del processo a conseguire una confessione, che il pronto intervento del difensore, il quale poteva partecipare all'imputato il contenuto degli atti, oppure consigliarlo ad un certo contegno, p. es. alla negativa (1), non disturbasse l' inquisizione, e si tolse in molti luoghi la difesa diretta ad impedire l' inquisizione speciale (2). Generalissima divenne la massima, propria del diritto comune, che soltanto ad inquisizione chiusa debba concedersi all'imputato di eleggersi un difensore, le cui attribuzioni consistono nel fare proposte per il completamento della prova di discolpa, e nell' insinuazione di una scrittura di difesa. In questo senso avevano concepita la difesa anche le legislazioni germaniche, le quali cercarono di appurare il processo tedesco da parecchi abusi, e di ingentilirne le massime; p. es. la bavarese (3), e le legislazioni che la imitarono (4). Sebbene abbiano desse con saggio riguardo al posto che occupa la difesa, allargato le attribuzioni del difensore quanto al predisporsi alle sue funzioni (5), e provveduto alla destinazione d'ufficio di un difensore nei gravi reati (6), non corrispose tuttavia abbastanza il loro ordinamento della difesa alle ragionevoli esigenze dei cittadini; perchè troppo tardi vi si ammette il difensore nel processo (7), e siccome egli non fu presente in persona alla trattazione, così deve attenersi unicamente agli atti spesso infedeli ed incompleti, nè ha insieme sicurezza alcuna, che la sua difesa sia per giungere ai Giudici decidenti pura ed integra. La legislazione Prussiana (8) contiene tutto quello che

(1) *Weber* nel nuovo archivio del dir. crim. tomo V. pag. 528. *Tittmann. Manuale* p. 430 not. *O.*

(2) P. e. in Prussia, Austria, Baviera, V. su di ciò la mia opera: il *proc. pen. ted.* parte II, § 135. p. 104.

(3) Cod. pen. bavar. parte II, art. 141-149. — De *Vendt.* Lineamenti del proc. pen. ted. e bavarese p. 117.

(4) Cod. pen. oldenburghese, art. 625-33. Questo codice presenta molti miglioramenti introdotti nel bavarese, e specialmente nell' art. 581, pel quale la parte dell' esposizione principale, che si riferisce al fatto deve essere recitata in presenza dell' imputato e del suo difensore, cosicchè il difensore ne può fare delle memorie. — Cod. pen. di S. Gallo art. 173, — 178 (dove il processo accusatorio consiste nella trattazione finale). Cod. pen. di Basilea § 237-39. (che istituisce una trattazione orale pubblica e l'accusa). Cod. pen. di *Lucerna* del 1827. Parte II. § 92—98.

(5) Per es. secondo il cod. pen. bavar. art. 148, in cui si permette il colloquio senza la presenza di persona giudiziaria.

(6) Cod. Bavar. art. 142.

(7) Cioè soltanto dopo ultimata l' inquisizione principale.

(8) V. una molto buona esposizione della dottrina della difesa secondo il diritto prussiano di Schmiedicke nel Giornale di *Hitzig* per l' amministrazione della giustizia penale. Fasc. 12. p. 332—361.

la pratica giudiziaria alemanna potè suggerire in favore della difesa dell'accusato, è anzi in molti punti più larga di quella (1), ma d'altro canto sempre alle prese con una certa diffidenza, da cui fu condotta a parecchie poco giustificabili restrizioni ed eccezioni. Così la legge dichiara bensì potere di regola l'accusato eleggersi un difensore (2), ma si appalesa ben tosto un certo sfavore verso i delitti originati da cupidigia e da egoismo, come il furto, la rapina, la truffa (3), nei quali non concedesi scrittura di difesa, che allorquando la pena sia di dieci o più anni di lavori forzati, e l'inquisizione in particolar modo diffusa ed inviluppata (4). Il legislatore a torto ebbe qui riguardo ai motivi del reato senza riflettere trattarsi anzi tutto di decidere se l'incolpato sia o no colpevole, ed essere appunto la difesa il mezzo di poter giudicare con maggior sicurezza della reità dell'accusato. La difesa non deve dipendere dalla circostanza mai sicuramente determinabile, se l'inquisizione sia estesa ed inviluppata, perchè anche nella inquisizione più semplice (spesso trovata tale dalla superficialità dall'inquirente) ponno darsi motivi, i quali domandino la difesa qual mezzo di rimuovere la esclusività dalle vedute dei giudici (5). E perciò altresì poca lode può accordarsi a quelle procedure le quali, ove si tratti di leggiere punizioni obbligano il difensore a deporre al momento verbalmente a protocollo i suoi punti di difesa (6), perchè, considerata una volta l'introduzione di scritture difensionali quale istituto che conferisce alla maggiore fondatezza dei giudicati, non può concepirsi il perchè il difensore debba trovarsi ristretto nelle sue facoltà nei casi in cui trattasi di piccole punizioni (7), nel che è chiaro ad ognuno quanto il regolo sia anzitutto relativo. Anche la massima che il difensore non possa venire a colloquio coll'incolpato da solo, ma sempre in presenza di una persona giudiziaria proviene da una al certo biasimevole diffidenza (8); ed ancor meno è da approvarsi la disposizione che pone differenza tra le conseguenze del trascurato termine della difesa secondochè l'in-

(1) Per es. in ciò che il difensore debba essere presente eziandio alla udienza dei testimonii ed all'esame articolato. Reg. Crim. Prus. § 435.

(2) Regol. Crim. Prus. § 433.

(3) Regolam. Crim. Prus. § 407. L'articolo dice: simili delitti; quindi sorge sempre controversia, e dipende dall'interpretazione del giudice, che l'incolpato abbia ad essere difeso o no. (*Schmiedicke* l. c. p. 388.)

(4) V. anche contro questa dottrina prussiana: *Arnim*, frammenti sui delitti e sulle pene. Parte I, p. 108. — *Tittmann. Man.* III, p. 434, not. c.

(5) Anche nella più piccola inquisizione la proposta dell'inquisito, di sentire un testimonio, che gli sarebbe favorovole, può andar inesaudita.

(6) Regol. Crim. Pruss. § 438.

(7) Ancor più trista cosa si è, che, secondochè ci assicura *Schmiedicke* l. c. p. 382, in questi casi minori i tribunali sogliono protocollare, non aver l'incolpato proposta espressamente una speciale difesa. — Basta conoscere la maggior parte degli inquisiti delle infime classi, per sapere, quanto facilmente l'inquirente possa fare con essi tutto ciò che voglia.

(8) Regol. Crim. Pruss. § 446.

colpato abbia scelto a patrociuatore un commissario di giustizia a ciò destinato, oppure un altro difensore (1).

Rispetto alla dottrina della difesa per mezzo di avvocati nessuna legislazione era tanto singolare quanto la inglese colle sue molteplici restrizioni, ad onta della molta larghezza delle massime fondamentali. Da tutto il processo inglese traspare non esistere veramente alcuna norma processuale generale (2), sicchè per certi reati intorno ai quali esistono speciali statuti occorre spesso una procedura la quale non vale per gli altri; si manifesta eziandio in quel processo un'alta riverenza pel giudice, il quale dal suo canto, trovandosi in una grande indipendenza, che si spiega per le circostanze politiche, vede di mal occhio e con sospetto tutto quello che potrebbe indebolire l'eminente sua podestà decisoria (3). Laonde vige in Inghilterra la massima, che il Giudice stesso è il più acconcio consigliero dell'accusato, e deve da sè attendere a quanto può riescir favorevole a quello. Di tal maniera sorse la regola (4) che nell'accusa di fellonia, e di perduellione non debba l'accusato essere assistito da alcun difensore (Counsel) (5); del che le vere ragioni furono nell'Inghilterra molto contrastate (6). Ma egli è altrettanto certo (7) che nella pratica non è poi la cosa tanto pericolosa (8), quanto si sarebbe per ritenere sulle prime pensando che appunto nei più gravi reati togliesi in Inghilterra all'accusato il beneficio della difesa. I migliori criminalisti inglesi (9) furono d'opinione che tale istituto come assai pernicioso si dovesse il più che possibile moderare, ma leggi speciali stabiliscono delle eccezioni. Uno statuto (10) dichiara che ad ogni accusato

(1) Nell'ultimo caso devesi di necessità pronunciare sugli atti, senza aspettare ulteriormente lo scritto di difesa. Regol. Crim. Pruss. § 444, paragonato col § 460. — *Schmiedicke.* l. c. pag. 360.

(2) Vedi la mia opera. *Il proc. crim.* ted. I. parte p. 109.

(3) *Rey, des institutions judiciaires d'Angleterre comparées avec celles de la France. Paris,* 1826. Vol. II, p. 360.

(4) Come e per qual legge sia nata questa massima, lo si contende assai anche in Inghilterra. La si ascrive spesso allo statuto di Enrico I. Cap. 47, 48.; v. però *Blackston. Commentar.* vol. IV, p. 354. (Londra 1825). — Degno di osservazione è anche l'antico *codex. leg. Normannicar.* cap. 84.

(5) Assai diffusamente ne parla *Staundforde, les plees del coron divisees in plusors titels.* Cap. 63. *Hawkins, pleas of te crown.* Vol. II. p. 554. e chiarissimamente nel *Second report from the commissiones on criminel law.* 1836.

(6) Così, p. es. *Coke Instit.* III, 137, opina, che, non essendovi prova per le leggi Inglesi se non quando non rimanga più alcun dubbio, il difensore non torni necessario.

(7) Nell'anno 1824 *Lamb.* fece una mozione nella camera dei comuni pel cambiamento dell'antico costume, ma invano. Una difesa del costume antico vedila nel *Law magazine,* fasc. XXIX, p. 238.

(8) Sulla moderna dottrina V. *Coleridge* nelle note alla sua edizione di *Blackston,* Vol. IV, p. 355.

(9) *Hawkins pleas* II. p. 554. *Blackston* l. c. *Miller inquiry intò the present state of the civil law.* pag. 248.

(10) Il settimo di Guglielmo III, cap. 3.

di tradimento di Stato (alto tradimento) deve essere dato dietro sua istanza un *Counsel*, il quale può venire a colloquio col catturato colla massima libertà. Del resto nei casi non appartenenti alle *felonies* fu sempre acconsentita l'assistenza del *Counsel*. Dal 1836 (1) in poi, venne per legge riconosciuto il diritto di ognuno, eziandio accusato di fellonia, di assumersi un *Counsel*: al quale spetta anche la facoltà di produrre alla conclusione una scrittura di difesa. Nella inquisizione preliminare il principio della pubblicità fa sì nel processo inglese, che si accordi all'imputato anche la presenza di assistenti legali, ai quali compete la facoltà di fare interrogazioni ai testimonii sentiti dal Giudice di pace (2). Nè, se l'accusato si trova catturato, può egli perdere perciò il diritto a cotale assistenza (3). Per gli accusati poveri viene fissato un *Counsel*, dallo sceriffo o dal giudizio (4).

Il processo scozzese fu da lungo tempo più largo dell'inglese, essendo in quello invalsa la massima (5), che ogni accusato debba avere il suo *Counsel*, e la corte giudiziaria assegnarglielo anche contro sua volontà. I pratici scozzesi decantano in particolar modo il fatto, che gli avvocati più distinti pongono la loro ambizione nel comparire difensori degli accusati (6). Nella sessione della corte criminale è il difensore che durante il dibattimento (Crossexamination) ascolta del pari i testimonii sentiti dal *Prosecutor* contro l'accusato, e con opportune domande cerca di agire nell'interesse della difesa. Egli stesso propone interrogazioni ai testimonii della difesa (7), oppone eccezioni a domande pericolose che voglia fare il *Prosecutor*, difende l'accusato dappertutto dove si presentano nel corso della trattazione punti di diritto da esaminare (8), e tiene alla conclusione il discorso di difesa.

(1) Legge del 20 agosto 1836, riportata nel mio Giornale per la legislazione forestiera. Tomo IX, p. 316.

(2) *Mühry* nella versione del Man. del *dir. pen.* ingl. di *Stephen* p. 371.

(3) Ancora nel 1844 aveva ciò prescritto un'ordinanza sulle visite dei prigionieri.

(4) *Mühry*, p. 328.

(5) Già nel 1587 ciò fu pronunciato da una legge. *Allison practice of the criminal law of Scotland*. p. 370.

(6) *Allison* p. XXII.

(7) Anche qui si gloriano gli Scozzesi (*Allison* p. XX) che il processo scozzese è più favorevole dell'inglese alla difesa, mentre nel primo il *prosecutor* debbe aver terminata la sua prova di incolpazione, anzichè sia condotta la prova di difesa = V. in generale la mia opera: il *proc. crim. anglo scozzese* p. 19, 185., e la mia opera: la *legislazione* ed il *proc. pen.* 88. Il processo scozzese assicura alla difesa eziandio il vantaggio, che il difensore 14 giorni prima dell'assisa viene a conoscere mediante l'atto d'accusa tutta l'incolpazione, e tutti i testimonii, ed i documenti, di cui e come si vorrà servire il procuratore di stato, che in questo modo egli si può apparecchiare completamente, e che alla chiusa delle trattazioni l'ultima parola è la sua =

(8) *Rey des institutions*, ecc. II, p. 361.

= Se tutto si raccoglie insieme, è facile lo scorgere che la legislazione inglese non provvede abbastanza alla difesa, perchè anche nelle accuse di gravi delitti non si dà difensore all'accusato, cosicchè spesso il povero, che non è in istato di pagare un difensore, compare senza difensore davanti al tribunale, e quindi può facilmente soffrir pregiudizio. Il costume della troppa fretta nel disbrigo degli affari fa si che sovente il difensore non ha tempo sufficiente di prepararsi, perchè non di rado poco tempo prima dell'aprimento dell'assisa il giudice pronuncia la posizione dell'incolpato davanti al giudizio, (comittment) (1) (Vedi su di ciò la mia opera: Il Proc. pen. ingl. p. 181) nel giorno immediatamente successivo il gran giury ammette l'accusa, e subito dopo incomincia la discussione davanti all'assisa (trial). Egli è pure un pregiudizio pel difensore, che secondo la pratica inglese il procuratore di stato parli per l'ultimo, nè il difensore possa quindi confutare le sue asserzioni, locchè restringe eziandio i mezzi della difesa, perchè talvolta il difensore omette di produrre testimonii di difesa, temendo che il procuratore di stato nel suo discorso finale non se ne serva a danno dell'accusato (2). (V. la mia opera: Il Proc. pen. ingl.) Nella pratica però la difesa viene ad essere favorita in Inghilterra, perchè sebbene la legge non determini che l'accusato di grave delitto debba avere un difensore, però il costume è tale, che il presidente o lo sceriffo, vedendo che in un caso importante l'accusato non ha difensore dal numero degli avvocati presenti, ne assegnano uno essi medesimi ad intraprendere la difesa, e che persino uomini benevoli sopportano volontieri le spese della difesa d'un accusato, povero sì, ma fornito di buon diritto. Il principale si è, che in Inghilterra regna la massima libertà del discorso, che l'accusatore non ha più diritti del difensore, e che il difensore è sicuro, nulla poter accadere da parte sia dell'accusatore, sia del giudice, che sarebbe per apportare una restrizione. Del resto si fa chiara l'influenza di tutto il carattere del processo sulla difesa, in quanto il difensore inglese non tende ad altro co' suoi discorsi, che ad agire sui testimonii, ed a provare le loro credibilità colle sue interrogazioni, od a sventare l'influenza delle loro deposizioni. Il discorso di difesa del difensore inglese è quindi anche di solito molto più breve, semplice, scevro da declamazioni ed eccitamenti ai giurati di quello del difensore francese (V. la mia opera: La legislazione, e la pratica giuridica p. 494 a 506) =

Il processo penale francese non dà all'accusato nel suo sistema di difesa quelle guarentigie che ogni cittadino è in diritto di reclamare. La legge francese si appoggia per verità al principio che nessuno possa venire condannato, il quale non abbia avuto opportunità di farsi difendere (4); ma tale principio non trova applicazione che nella sessione pubblica ed orale. Nella inquisizione preparatoria l'accusato è privo affatto

(1) *Dupin libre défens des accusés.* p. 5; e *Morin. Dictionnaire du droit criminel.* p. 240.

dell'assistenza di un difensore, locchè diventa ancor più pregiudicevole all'inquisito perciò, che l'uso ammesso nella pratica francese (1) dei *mettre au secret* toglie all'incolpato ogni possibilità di introdurre informazioni a suo favore, onde l'arbitrio del giudice inquirente, non abbastanza infrenato dalla legge, può esercitare un pericoloso potere. Anche per rimuovere l'inquisizione principale, e dimostrare con una opportuna deduzione la sua innocenza, l'accusato non ha sufficienti mezzi, perchè può bensì inoltrare dei *memoires* (2), ma a tal uopo egli non ottiene punto l'ispezione degli atti (3). Nella trattazione propria davanti al giudizio la legge accorda per verità (4) all'accusato un difensore in ogni caso, e, trattandosi di delitto, deve anzi il presidente eccitarlo a questa scelta, non appena egli è tradotto davanti all'assisa, ed ove non iscelga, assegnargli egli stesso un difensore d'ufficio (5); ma si sa che, assegnato una volta il difensore, altro più non fa d'uopo, giusta una decisione della Corte di Cassazione, nè, se anche il difensore non comparve in seguito alla Assisa, o si rifiutò di difendere, può quindi emergere nullità (6). Nè certo con ragione ammette la Corte di Cassazione (7), che la necessità d'un difensore si verifichi appena per i *Crimes* dalla legge assegnati all'Assisa, e non eziandio per quelle contravvenzioni che le spettano solamente in casi eccezionali (8). Illiberale pratica è pur quella, che, se la difesa d'un accusato venne dallo stesso difensore offerta in unione con quella di un coimputato (9), oppure se per qualsiasi motivo dipendente dal volere dell'accusato, o da quello del difensore, il difensore che agì al principio della trattazione cessò di esserlo in seguito (10), debba il difensore essere eletto solamente dal numero degli avvocati addetti al circondario della Corte d'Appello, in cui si tiene l'Assisa (11); e che, se l'accusato vuol eleggere a difensore uno de' suoi congiunti od amici, debba a ciò invo-

(1) Vedi la mia opera: *Il proc. pen. ted.* I. p. 163. *Duverger, Manuel des juges de paix.* Vol. II. p. 274.

(2) Art. 217, *Cod. d'instruct.*

(3) Archiv. pel Dir. Crim. e Civ. nelle provincie renane. Fasc. I, p. 81. *Carnot, des instruct. crim.* III, p. 188. — *Bidart de Chumaide, des vices de la legislation penale en Belgique*, p. 193, desidera, che si conceda all'imputato di inoltrare memorie anche alla *chambre de conseil.*

(4) Art. 294, Cod. *d'instruct.*

(5) Nel caso che l' imputato non istruito del suo diritto di avere un difensore, lasci passare il termine legale per la cassazione verrà egli considerato ricusante? No, secondo *Carnot, Instruction.* Vol. III. p. 183.

(6) *Arrêt* del 28 Febb., e 19 Agosto 1813. — *Bourguignon Jurisprudence.* Vol. II. p. 4.

(7) *Carnot. Instruction* all'art. 294, e *Morin*, p. 246.

(8) P. es. nei delitti di stampa, e nei delitti politici. *Arrêt* del 27 Febb. 1832.

(9) *Arrêt* del 28 Maggio 1818.

(10) *Arrêt* del 2 Sett. 1830, e del 23 Giugno 1831.

(11) *Code d'instr.* Art. 295. La legge sull' organizzazione degli avvocati del 14 Dic. 1810, Art. 10, e *l'ordonn.* del 27 Agosto 1830, sembrano però estenderlo a tutti gli avvocati. *Morin*, p. 247.

care il permesso del presidente dell'Assisa (1), onde troppo viene ad essere lasciato all'arbitrio del presidente (2). Non è dalla legge deciso se possa o non passa l'accusato nominarsi due difensori (3), ed in fatto ciò dipende unicamente dal beneplacito del presidente dell'assisa. Il difensore può bensì abboccarsi coll'accusato (4), ma anche qui ha deciso nuovamente la Corte di Cassazione (5), che non insorga nullità, se fu ordinato che l'abboccamento avesse luogo in presenza del carceriere (6). Ma a lode della pratica francese devesi osservare che in pratica simili restrizioni non trovano facile applicazione. Oltracciò il difensore non ottiene altra parte degli atti da ispezionare per la sua difesa, fuorchè il protocollo, in cui è constatato il reato, e il protocollo dell'esame dei testimonii; se egli vuole di più, deve l'accusato sostenerne le spese (7). Il difensore non è nemmeno presente a tutte le trattazioni, che toccano assai da vicino l'accusato, come sarebbero la estrazione a sorte dei giurati, e la composizione della lista definitiva; la Corte di Cassazione ha deciso intorno a questo punto (8), non darsi alcuna nullità, se il difensore sia stato escluso da tale operazione. Anche nelle trattazioni pubbliche si incontrano restrizioni alla difesa. I testimonii che l'accusato vuol fornire a sua discolpa vengono a sue spese prodotti, ove l'avvocato generale per una condiscendenza (a dir vero consueta), non li abbia assunti egli stesso sulla sua lista (9).

= Vuolsi confessare per amore del giusto che la maggior parte dei procuratori di stato non si rifiutano facilmente ad assumere sulla loro lista i testimonii proposti dai difensori (10). Nel dibattimento appajono i pericoli delle restrizioni della difesa per la grande preponderanza della procura di stato, la quale può ad ogni istante in occasione d'una deposizione fare le sue osservazioni influenti sui giurati, dirigere interrogazioni immediatamente ai testimonii, mentre il difensore non lo può se non coll'organo del presidente (11) (*). Il procuratore di stato può anche in-

(1) *Code*, art. 293.

(2) = *Arrêt* del 23 Giugno 1835. Una benefica istituzione fu quella dell'*assistance judiciarie*, organizzata con legge del 12 genn. 1851, per la quale è provveduto a che non abbiano mai a mancare difensori. (V. in generale sulla deputazione del difensore: *Trébutien. Droit criminel* p. 369). =

(3) Il *Code*. Art. 294, parla di uno; la pratica accorda però il diritto di eleggerne anche due. *Morin*. p. 247.

(4) *Code*. Art. 302.

(5) *Arrêt* del 12 Luglio 1810.

(6) A ragione si dichiara contrario a questo modo di vedere *Bourguignon, jurisprudence*, II. p. 20.

(7) *Code*. Art. 305.

(8) *Arrêt* del 4 Giugno 1812. — *Bourguignon* II, p. 269.

(9) *Code*. Art. 321.

(10) Anche in questo proposito la nuova legge sulle *assistance judiciaire* ha molto alleviato la condizione degli accusati poveri. (*Trébutien*. p. 405).

(11) La pratica è però qui assai mite. V. *Trébutien*. p. 408.

(*) Questa pratica odiosa e dannosa alla difesa fu seguita anche in alcuni tri-

timidare i testimonii minacciando loro la prigionia in caso di spergiuro. Poco favorevole alla difesa è pure la posizione del presidente francese, e perchè dipende da lui l'ammettere o no una proposta del difensore, e perchè col suo potere discrezionale può adoperar misure, assumere nuovi testimonii, chiedere informazioni, a cui il difensore non è preparato. Anche nel riassunto del presidente (*resumé*) vi ha pericolo che questi colle sue osservazioni, col tuono dell'esposizione, colla maniera di connettere le cose non distrugga l'efficacia della difesa, o molto la indebolisca.

Quasi tutte le recenti legislazioni italiane e tedesche seguono in relazione alla difesa la legislazione francese (1).

Fralle recenti legislazioni tedesche vogliونsi distinguere 1. quelle che istituiscono il processo accusatorio pubblico, ed orale, ed il giury, alle quali appartengono la legge bavarese dell'anno 1848, la sassone, e la nassaica del 1848, la prussiana del 3 gennajo 1849 e del 1852, la brunsvichese del 22 agosto 1849, l'annoverese del 8 novembre 1850. 2. Quelle che istituiscono bensì un processo accusatorio publico ed orale, ma non il giury, cosicchè giudici magistrati decidono delle due quistioni del fatto e del diritto. Fra queste ultime vogliونsi ancora suddistinguere *A*) quelle, che statuiscono una teorica legale della prova dietro la quale i giudici devono sentenziare, e *B*) quelle che rimettono i giudici al loro intimo convincimento, alle prime delle quali appartiene la legislazione austriaca del 29 luglio 1853, alle seconde la reale sassone del 15 agosto 1855 (2).

L'ordinamento della difesa stabilito dalla legge francese fu alquanto migliorato nella legislazione processuale criminale di Piemonte ed in altre, le quali istituiscono un avvocato de' poveri avente l'incarico di difendere gli imputati, dando però le facoltà di eleggere anche un altro in sua vece. Altre legislazioni, come la bavarese (3) accordano un difensore eziandio durante l'inquisizione.

bunali dell'Impero d'Austria per una mala intelligenza del § 245 del *Reg. del proc. pen.* del 29 Luglio 1853. Ma una declaratoria del Ministero della giustizia del 13 Gennajo 1857 stabilì, che il difensore, ottenuta che abbia la parola dal presidente, ha il diritto di fare direttamente domande alle persone da sentirsi, e che il detto § attribuisce al presidente la sola facoltà di respingere una domanda già fatta, che gli sembri inopportuna, e di vietare quindi alla persona interrogata di rispondervi. (*G*)

(1) V. le leggi di procedura pel reame di Napoli. Art. 166-174 — Il motu-proprio toscano del 1838, art. 218 — Il Cod. di procedura criminale per gli stati del re di Sardegna, del 1847, art. 562-74. = Delle più recenti legislazioni vigenti in Italia, l'Austriaca del 29 Luglio 1853, (art. 210-215) ed il Codice criminale per gli Stati Estensi del 1855, art. 352, sono molto più liberali verso la difesa che la legislazione francese. =

(2) = V. in proposito la mia esposizione nella *Temi*, giornale di legislazione e di giurisprudenza compilato da Panattoni in Firenze, anno 1856, p. 250. — 1857, p. 665. =

(3) Legge bavarese del 1848, § 164.

Intorno alle prescrizioni di recenti leggi le quali restringono gli attributi della difesa daremo maggiori ragguagli nei paragrafi successivi. =

Che se venne finora discorso delle restrizioni della difesa nel processo inglese e francese, non si deve trasandare d'altra parte di avvertire (1), che una gran parte di esse scompare allorquando la pubblicità serva di migliore delle controllerie, ed il Presidente dell'Assisa trattando sotto gli occhi del pubblico debba temere la pubblica disapprovazione, cosicchè non possa ardire di conculcare i diritti dell'accusato (2); siccome pure la trattazione orale è il miglior mezzo, onde scoprire le irregolarità incorse nella procedura preparatoria, ed allontanare i danni (3). Eziandio ognor più rigorosa è modernamente la corte di Cassazione nell'osservanza delle prescrizioni, il cui scopo è favorevole alla difesa (4). Ella è pur cosa importante a notarsi, che nei paesi, in cui sussiste la legge processuale criminale francese, ma nei quali vennero di recente introdotti Codici che estendono le competenze dei Tribunali correzionali al di là di quello che assegnò loro la legge francese, l'equità reclama che d'ufficio si assegni, e del pubblico erario si rimuneri un difensore all'accusato nei casi in cui egli è minacciato di pena molto grave (5).

§ 5. *Difesa materiale e formale.*

Per la naturale relazione fra l'accusa e la difesa (6), e per la massima vigente in ogni processo, della necessità dell'udienza giudiziale, ogni legislazione riconosce altresì la necessità che l'accusato venga sentito; al quale scopo deve essere posto innanzi all'imputato ogni indizio, affinchè lo abbia a rettificare. In quanto poi ciò ha luogo durante il corso delle trattazioni, e le risposte dell'imputato mirano ad annullare i fondamenti del-

(1) Nell'ufficiale *Compte général de l'administration de la justicie criminelle en France pendant l'année* 1826 non si trovano che tre ricorsi in cassazione *pour restriction à la défense*, piccol numero al certo, che fa buona testimonianza ai presidenti. Nell'anno 1843 non fu cassata che una sola sentenza, perchè la difesa era stata limitata, non avendo il presidente interrogato l'accusato se avesse qualche cosa a dire in sua difesa.

(2) Interessanti notizie sull'unione di più avvocati formatasi sotto l'influenza della *société de la morale chretienne* allo scopo di difendere gli accusati, V. nella *Gazzetta des tribunaux*. 1827. n. 711.

(3) V. anche *Mühry*, Manuale. p. 618.

(4) V. un pregevole *Arrêt* del 12 Luglio 1844 in *Morin Iournal du droit criminel*. 1844, p. 257.

(5) V. una discussione interessante in proposito nella Camera dell'Assia nella Gazz. degli avvocati, 1845, p. 100.

(6) *Dresch: Svolgimento sistematico delle idee fondamentali del diritto privato*, p. 184 — *Grævell. Esame delle dottrine della commissione immediata di giustizia*. II. p. 60.

l'accusa, od a produrre legali mezzi di discolpa, tutto il processo è penetrato dalla difesa, la quale, però ove parta dall'accusato stesso appellasi difesa *materiale* (1). Ma perchè si comprese in quanto pericolosa situazione per l'accusato venga collocato l'inquirente nel processo inquisitorio, per la concentrazione in una sola persona delle due mansioni dell'accusatore e dell'investigatore, e quanto insufficientemente lo stesso accusato possa difendersi da sè, o per incapacità, o per dabbennagine, o per ismarrimento (2), destituito come è d'ogni estranio consiglio, e combattuto da una foga di sentimenti funesti, si fece debito all'inquirente (3), che egli imparzialmente curasse allo stabilimento della prova di discolpa, porgesse ascolto all'incolpato nei suoi mezzi di difesa, lo ammonisse d'ufficio di tutte le circostanze che egli potrebbe addurre a suo pro, come pure dei diritti suoi, come ordinossi pure che il giudizio decidente dovesse prendere in considerazione d'ufficio tutte le circostanze ed i motivi che in qualche modo stanno per l'accusato. — Anche questo obbligatorio procedere dell'inquirente e del giudizio nell'interesse della possibile innocenza a favore dell'accusato venne chiamato difesa *materiale* (4).

Però nè l'istituto del pieno ascolto dell'accusato, nè quello di un siffatto adoperarsi del giudizio, sono sufficienti allo stabilimento della perfetta eguaglianza giuridica fra l'accusatore e l'accusato. Già per se stesso lo stato fa da accusatore in virtù del suo esteso potere di procurarsi tutti i mezzi onde fondare e dedurre le sue proposte, della sua autorità, e della sua facile, palese, o nascosta influenza. La sua accusa viene condotta a fine da funzionarii giurisperiti forniti di tutti i mezzi a loro disposizione, mentre l'accusato, di rado edotto delle formalità giuridiche, tolto nella cattura alla possibilità di raccogliere informazioni e di procacciarsi consiglio, e, per lo stato di suo animo, afflitto e corrucciato dall'inquisizione, incapace di compiutamente difendersi, non ha nè cognizione nè esperienza sufficienti onde ravvisare ogni pericolo che lo minaccia, e porvi riparo. A stabilire l'equilibrio deve contrapporsi al giurisperito accusatore un difensore e rappresentante dell'accusato fornito di armi eguali. Ciò si fa specialmente necessario nel processo inquisitorio puro, dove

(1) V. anche de *Vendt. Lineamenti del proccesso crimin. com. e bavar.* p. 117.

(2) Bene ha dichiarato l'art. 47 della CCC: dovèrsi sopratutto domandare al prigioniero se egli possa additare e addimostrare, che al tempo in cui accadde il misfatto siasi trovato fra persone ed in luoghi tali, che non possa averlo commesso, e questa interrogazione è necessariá dacchè parecchi prigionieri, sia per dabbenaggine, sia per paura non sanno nulla proporre onde dimostrare la loro innocenza.

(3) Eziandio codici moderni impongono questo dovere all' inquirente. *Cod. Bavar.* II. Art. 107. *Regol. crim. Pruss.* § 8, p. 433. — *Regol. proces. pen. virtembergh.* Art. 3. Pel dir. com. V. *Ribbius, de judice innocentis patrono Lugduni.* 1792.

(4) *Regol. crim. giudiz. meklemburgh.* del 1818 § 48, e *Schmiedicke* nel Giornale di *Hilzig.* Fasc. 12, pag. 333.

il Giudice inquirente assume le parti dell'accusatore, del Giudice e persino, come lo esigono le leggi, del difensore, e deve d'ufficio condurre la prova di discolpa. Difficilmente evitasi qui la parzialità del Giudice, chè l'assunzione di opposte mansioni ve lo conduce, nè l'accusato è in grado di porgere al Giudice completi materiali per la sua prova di difesa, o di impedire la parzialità. Un consigliero giurisperito, destinato unicamente alla difesa dell'accusato (*Defenser Counsel*) deve quindi porsi al fianco dell'accusato. Ciò deve essere accaduto già fin dall'istante in cui fu intrapreso il primo passo giudiziale contro l'accusato, e perchè fin di allora l'incolpato è messo in situazione di doversi dichiarare, e perchè appunto cotali prime misure diventano base alle successive, ed è cosa importante per l'imputato, il quale in sul principio si trova turbato moltissimo in suo animo per l'incolpazione impensata mossagli contro, di potersi prontamente giustificare, come pure egli può avere interesse di muovere lagnanza contro singoli atti inquisizionali, per esempio, la cattura (1). Che se l'assunzione del difensore in quell'occasione si volesse riputarla pericolosa, dovrebbesi però, per lo meno, lasciare che si introduca il difensore dall'istante in cui l'accusato è posto in istato di accusa, perchè allora colla pubblica accusa anche il vero processo criminale viene ad essere iniziato. Se non che anche questa estensione fu tenuta pericolosa, e pertanto invalse la massima nelle legislazioni alemanne, che il difensore giureconsulto acceda all'accusato soltanto alla fine delle trattazioni. Questo consigliere dell'accusato è anche amico e sostenitore della giustizia, egli non si inoltra con intento ostile al Giudice, che voglia e cerchi la verità, ma si oppone vigorosamente a quel giudice il quale va in cerca del solo delitto. Il voto di ogni legislazione, che nessuno innocente supporti mai una pena, nè che un colpevole soffra mai pena più severa della legale, determina l'intento e l'ufficio del difensore, che è di giustificare l'incolpato pienamente ed acconciamente, cioè di rintracciare ogni fondamento sia nel fatto stesso, sia nell'autore del medesimo, o sia nel processo, il quale secondo la legge discolpi in tutto od in parte l'incolpato, e di opporsi tanto alla parzialità dell'inquisizione, che trascura la prova di discolpa, quanto a quella della sentenza che non tiene conto debitamente dei fondamenti della discolpazione. Il complesso di cotali atti e misure del difensore giureconsulto alla scoperta dell'innocenza ed alla giustificazione di una persona incolpata d'un delitto forma il carattere della difesa *formale*, a favorire la quale lo stato medesimo ha un alto interesse, poichè dessa appare si-

(1) Secondo *Knapp.* il *Regol. proc. crim. del Vürtemberg*, p. 152, anche l'incolpato imprigionato può in quel paese durante l'inquisizione abboccarsi con un legale allo scopo di muovere querele. *Holzinger* nel commentario p. 675, dubitò di quest'ultima cosa, perchè l'art. 423 e 424 non parlano che di semplici lagnanze; frattanto anche l'art. 424 accorda lagnanze scritte, al qual uopo voglionsi fornire all'imprigionato i mezzi.

loro mezzo a porre in luce la verità, ad evitare le ingiuste pene; ed allora soltanto può lo stato sperare che le decisioni dei giudizii godano della pubblica fiducia, quando siasi stabilita la generate persuasione, che all'accusato venne colla maggior larghezza resa possibile la sua difesa.

§ 6. *Della procedura difensionale.*

Per la differenza dei due fondamentali sistemi descritti dissopra al paragrafo 2. diversa è la situazione del difensore e la sfera delle sue attribuzioni nel processo costrutto sulla base della pubblicità e dell'oralità, e nel processo comune germanico; tuttavia egli può nell'una e nell'altra forma processuale esercitar il suo ufficio in armonia col fondamentale intento e colla missione essenziale del medesimo, che la innocenza sia preservata da ogni ingiusta sentenza, e si faccia opposizione alla parzialità del tribunale. Pertanto sussistono alcune regole pel difensore comuni ad ambedue le forme processuali, benchè veramente nella procedura composta alla pubblicità ed oralità sia più favorita la difesa, più allargato il circolo delle attribuzioni del difensore e gli venga reso più fecile l'adempimento della sua missione. La sua presenza alle trattazioni, la sua immediata assistenza all'accusato durante le medesime, gli dà facoltà e dovere altresì di parteciparvi, di guidarle al migliore vantaggio dell'accusato, di ovviare alle loro mancanze. Se egli teme che la deposizione di un testimone torni pregiudizievole all'accusato per la sua troppa generalità od indeterminatezza, oppure coglie contraddizioni ed inverosimiglianze nelle deposizioni, può con acconce interrogazioni rimuovere l'oscurità, o riparare alle dannose conseguenze, egli non può temere che l'accusatore colla sua preponderanza, considerazione, od eloquenza fuorvii i giurati, perchè l'ultima parola spetta sempre all'accusato od al suo difensore (1). Nemmeno il difensore ha da temere che la sua difesa non riesca a cognizione dei giudici, oppure venga loro partecipato solamente in arbitrarii, e spesso mal composti estratti, chè i giudici cui egli si rivolge sono stati immediati testimonii alle trattazioni ed ascoltano in persona il discorso di difesa. = Non si vuol disconoscere che nel processo costituito sull'accusa e sull'oralità la condizione del difensore è peggiore in più d'un riguardo, perchè egli si trova di fronte ad un accusatore posto in una situazione elevata, e potente, il quale ha tutto il tempo sufficiente di preparare la sua accusa, facendo uso di tutti i possibili mezzi di fondarla, ed in pari tempo in virtù delle attribuzioni, che a lui spettano, e non al difensore, può esercitare una grande preponderanza a svantaggio di questo, sia col far uso delle prove a suo piacimento, e talvolta anche di quelle a cui il difensore non è preparato, sia col fare ai testimonii domande che li smarriscono, e, laddove la procura di stato ha nelle cose criminali un carattere tutto politico, siccome accade in Francia ed in Austria, intimorire i giudici con certe osservazioni: =

(1) *Code d'instruction.* Art. 335.

Molto più circoscritta invero è nel secondo sistema la difesa, e vi fu d'uopo con altre prescrizioni supplire ciò che dal primo sistema direttamente discende (1). La legislazione cerca riparare con altri mezzi alla parzialità del giudizio durante l'inquisizione, sia che provveda ad una conveniente costituzione della corte criminale, alla debita controlleria del giudice mediante l'attuario o gli scabini (2), sia che imponga al giudice in ogni caso informarsi di certe circostanze, gli vieta l'uso di certi mezzi, ed in casi rilevanti lo vincola alle decisioni del giudizio superiore. Solamente alla chiusura dell'inquisizione, quando il Giudice dal suo canto tutto ha adoperato per esaurire debitamente l'investigazione, la legislazione accorda (3) la difesa *formale*. la quale deve dar sicurezza, che nulla, che possa contribuire alla scoperta dell'innocenza, venne trascurato, la legge compone a tale scopo un particolare processo di difesa che si può considerare come vero processo finale, e che ha il capitale scopo di fermare tutto ciò che può servire alla difesa dell'imputato od a completarla. Questa procedura, come parte essenziale dell'intiero processo, (4) conchiude l'inquisizione, e compie la raccolta dei materiali consegnati negli atti, sui quali i giudici di cognizione devono sentenziare; il risultato di essa viene ancora in buon punto, perchè soltanto alla fine della medesima gli atti possono considerarsi per ultimati, e spedirsi per la decisione. Un difensore giurisperito, che in certi casi può venire costituito anche contro volontà dell'accusato esamina gli atti, coopera alla dilucidazione di tutti i punti che possono servire alla discolpa dell'incolpato; guarda che non si ritengano per chiusi gli atti con soverchia precipitazione, e cerca mediante saggia combinazione di tutti i motivi di giustificazione di preparare un retto giudizio, e di rimuovere dall'accusato ogni pregiudizio che lo potrebbe incogliere ingiustamente.

§ 7. *Idea della difesa finale.*

La difesa che ha luogo alla chiusura del processo presuppone una inquisizione ultimata, e pertanto nello spirito di quelle legislazioni le quali non accordano pubbliche trattazioni vuolsi adoperare dall'inquirente particolare precauzione, affinchè l'inquisizione non sia immaturatamente chiusa, perchè il sì importante piano d'operazione dell'inquirente nella procedura secreta, per cui egli deve principalmente far sì, che all'impu-

(1) A ragione s'osserva nei pareri della *commissione immediata* p. 22 che mediante la trattazione orale il punto di difesa viene molto meglio dilucidato. Egli è vero, che la difesa scritta è presentata dal difensore coll'intima convinzione, che dessa non verrà letta da altri che dal relatore.

(2) Quanto imperfettamente surroghisi in tal modo la pubblicità è mostrato nella mia opera: l'amministrazione orale pubblica della giustizia penale, p. 84).

(3) Questo è ora il sistema del processo comune tedesco, delle nuove legislazioni alemanne.

(4) *Cod. pen. bav.* Parte 2, Cap. V. Art. 141.

tato rimangano nascosti lo stato delle prove e gli atti, potrebbe venir reso vano dall'accedere di un difensore e dalla partecipazione del contenuto degli Atti all'incolpato (1). Ma per chiusura dell'inquisizione prima che cominci la difesa, non si deve intendere una formale e rigorosa chiusura degli atti nel senso del diritto civile, chè anzi la procedura di difesa appartiene essa medesima agli atti qual parte integrante di tutto il processo, come di sopra si è detto. La Sezione degli atti destinata alla difesa contiene: 1. il procedimento alla costituzione del difensore, e quindi, l'interrogazione fatta all'accusato, qual difensore egli desideri, l'ammonizione del tribunale al difensore prescelto, ed il giuramento del medesimo: 2. gli atti coi quali il difensore si prepara alla difesa; p. es. il colloquio coll'imputato: 3. la procedura che viene assunta sopra istanza, e dietro il voto del difensore, se nuove circostanze debbano venire verificate, p. es. se vengano sentiti nuovi testimonii a discolpa: 4. la scrittura difensionale.

L'Ufficio del difensore nella procedura di difesa consiste: nell'opporsi alla parzialità del giudizio, e nell' impedirne le conseguenze funeste all'accusato. Ancor prima che gli atti riputati maturi alla sentenza vengano inoltrati per la decisione il difensore cerca:

I. di scovrire la parzialità di esame in cui per avventura sia incorso il giudice *inquirente* e di rimuoverne. (1) gli effetti, *a*) col sottoporre ad esame la *attendibilità* degli *atti*, e coll'investigare, se il giudice in tutte le sue operazioni abbia legalmente agito: *b*) collo - scrutare la *pienezza* degli atti, indicando ogni fondamento di giustificazione non ancora a sufficienza indagato, ed insistendo sulla investigazione del medesimo.

II. Parimenti il difensore si oppone ad ogni possibile parzialità del giudice decidente, in quanto con opportuna combinazione dei fondamenti di discolpa istruisce i giudici di tutti gli argomenti che parlano in favore dell'innocenza (cui forse il relatore non ha abbastanza ponderati), e cerca di prevenire la contingibilità di una condanna immeritata. Questa conclusionale difesa riassume così la sostanza degli atti permessi al giurisperito consigliero dell'accusato alla fine del processo, onde, allontanare una ingiusta sentenza, completando la prova di discolpa, ed esaurendo tutti gli argomenti di giustificazione (2).

(1) *Grävell nell' esame dei pareri della commissione immediata di giustizia* Parte II, p. 60, vuole che non si ammetta il difensore alle udienze durante l' inquisizione generale per ciò, che ivi non si tratti ancora dello stabilimento della verità, ma soltanto della raccolta di notizie attendibili.

(2) Vedi nella Guida di *Koch* le idee dei giuristi antichi; vedi eziandio *Meister Introd.* § 32, p. 221. *Okhardt: Guida* § .. *Dunz Principii del processo penale*, § 218. *Feuerbach*, *Tratt.* § [illegible]. *Grollman*, *Dir. crim.* § 802. *Wolters*, *sulla difesa* § 1. *Selchow*, *Dir. crim.* § 636 — *Bauer.*, *Massime* § [illegible]. *Tittmann. Man.* IV, p. 778. — nuova edizione. Parte 3 § [illegible] ecc. p. 420. *Henke*, *Esposizione della costit. giudiz.* p. 276. — *Gerstäcker*, *Inq.*

§ 8. *Caratteri.*

Ove si analizzi il concetto e l'essenza della difesa, se ne discoprono i seguenti caratteri:

I. La difesa appare una facoltà concessa dallo Stato all'imputato a guarentigia della innocenza contro l'operare del giudice, o in generale un mezzo di opporsi ad ogni possibile parzialità giudiziale, la cui necessità deriva dalla stessa natura del processo penale, dovendo lo Stato far corrispondere alle misure concesse onde scoprire la reità, i mezzi onde assicurare l'innocenza. Ove si tratti della prova di circostanze di fatto, ed il giudice esibisca la prova delle condizioni necessarie alla applicazione della pena, la difesa contiene la deduzione della riprova concessa all'incolpato (1), ed alla chiusura dell'inquisizione, prima della sentenza, porgendo essa una completa deduzione di tutti i motivi di giustificazione contenuti negli atti, sì di fatto, che di diritto, presta un nuovo mezzo di resistenza, quale preparazione ad una decisione imparziale, e non basata sulla imperfetta esposizione di un relatore (2).

II. Così la difesa è eziandio parte essenziale (3) del processo penale, mentre da una parte lo scopo del medesimo esclude ogni parzialità di esame, e promuove l'applicazione d'ogni precauzione perchè niun innocente venga punito, dall'altra soltanto la difesa formale e guarentisce da ogni parzialità, e per la consentita possibilità di una completa giustificazione dell'incolpato assicura allo Stato una sufficiente persuasione, e stabilisce un rapporto di eguaglianza coll'armi offensive dell'accusa.

gnamento per l'opportuna compilazione di scritture di difesa I. p. 29. *Hermann, Saggio di una guida dettagliata alla compilazione delle scritture di difesa* (II. edizione. *Lipsia* 1820) p. 22. *Müller, Tratt. intorno al proc. crim.* p. 96. — *Bauer, Guida alla pratica criminale* § 84.

(1) Confronta il Dir. crim. Pruss. § 565. — *Cod. pen. bavar.* parte II, art. 147, 148, 336. Il mio manuale del *proc. pen.* parte II, p. 218.

(2) Appunto in questo riguardo appare assai importante la scrittura di difesa. Se questa viene letta verbalmente nel consesso del tribunale criminale da un membro del medesimo, (che non sia il relatore, non v'ha più il danno d'una relazione parziale in cui il relatore ommetta per avventura importanti argomenti di difesa. I votanti sono sicuri che loro non isfugge alcuno, benchè remoto argomento di difesa. Sventuratamente regna in molti tribunali il costume, di leggere la scrittura di difesa solamente in un magro estratto. *Grävell* nel suo *Esame ecc.* non ammette che sia necessaria una lettura parola per parola, e si accontenta d'un estratto. Ma se si permette una volta di estrarre, il modo di ciò fare dipende poi unicamente dall'arbitrio di chi ne è incaricato. Il male si è, che la lettura delle scritture di difesa, spesse volte assai lunghe, fatta da un relatore solitamente frettoloso, torna poco proficua agli uditori.

(3) *Cod. pen. bavar.* Art. 141, 142, 180. *Bauer, proc. crim.* n. 210. *Mittermann, Man.* IV. § 776, II. edizione p. 432.

III. Essa fa ostacolo ad ogni possibile parzialità del giudice, il che propriamente accadde, quando un apposito consigliero giurisperito dell'incolpato *A)* curi perchè colla maggior possibile pienezza tutti i motivi giustificanti riescano negli atti, e vengano quindi forniti materiali alla prova dell'incolpabilità (1): *B)* dopo di ciò componga *a)* formalmente, e *b)* in modo confacente allo scopo i motivi di giustificazione che giacciono dispersi negli atti (2), onde determinare con questi i giudici decidenti. Essa cerca di impedire che l'innocente venga punito, od il colpevole lo sia di una pena immeritata.

IV. La difesa tende in generale a rimuovere ogni operazione giudiziale che minaccia un pregiudizio all'incolpato (3). E ciò determina il tempo (4) in cui essa debbe aver luogo, e distingue la nozione della difesa dalle altre idee affini (5), ed in particolare dall'uso dei rimedii di diritto (6).

V. Essa è immediatamente diretta al giudice criminale, e non è quindi a scambiarsi con altri simili scritti di giustificazione (7), e colle deduzioni del processo civile (8).

VI. La difesa è l'esposizione degli argomenti di discolpa strettamente giuridici, nulla invoca dalla grazia, ma propone la sua domanda in base alla legge (9).

(1) Da ciò si ricava, che l' ufficio del difensore non si limita alla sola produzione d'una scrittura di difesa, ed in questo senso ha ragione *Gerstäcker*, il quale parla d' una serie di scritture I. p. 32.

(2) Questo distingue abbastanza la difesa formale dalla materiale.

(3) In parecchie legislazioni non è per verità il difensore presente all'imputato come consigliere fin dal principio dell'inquisizione, ma lo si ammette ogni qualvolta abbiasi ad intraprendere qualche passo importante nel processo, che torni di pregiudizio all' inquisito; così si permettono difese, all' uopo di rimuovere l' inquisizione speciale, l' esame articolato, l' arresto, ed il confronto.

(4) Necessariamente deve la difesa precedere la sentenza, perchè altrimenti non si potrebbe avere alcun riguardo agli argomenti di discolpa. *Turin: Guida alle scritture difensionali*, pag. 87. Dovrebbe stare a cuore al giudice inquirente di essere fatto attento prima della spedizione degli atti, dei difetti o della parzialità della sua inquisizione.

(5) Per es. dalla gestione d' un affare. *Turin, Guida ecc.* p. 23.

(6) I rimedii di diritto susseguono alla sentenza già emanata in prima istanza.

(7) Così per es. *une pièce justificative*, od *un memoire* onde istruire il pubblico sulla vera indole del fatto, non sono difese.

(8) Per es. se nel processo di scioglimento del matrimonio il convenuto si giustifica dall' accusa di adulterio.

(9) Così la scrittura di difesa vuolsi distinguere dalla domanda di grazia. V. *Grollmann, Mass.*⁶ § 570. *Wolters sulla difesa* § 2. — Fino a che il difensore trova un argomento giuridico, che lo autorizza a domandare che l'imputato non venga, o non venga rigorosamente punito, ei lo difende. Che se mancano questi argomenti giuridici, ma sonvi altri di natura politica o morale atti a muovere il sovrano a far grazia, il difensore tenta anche questi; ma in ciò non vi ha difesa, strettamente parlando. V. *Stübel, proc.*

non è quindi nè un gravame (1), nè una petizione (2), o preghiera.

§ 9. *Modi di difesa in generale.*

Siccome la difesa viene principalmente caratterizzata dal suo scopo, dai suoi oggetti, e dalla sua intima struttura, così la diversità di tali elementi genera eziandio diversi modi di difesa.

Si può *A)* distinguere una difesa materiale ed una formale (3); la *prima*, che viene condotta dall'imputato in quanto egli abbia opportunità di giustificarsi, e dal giudice in quanto egli stesso rintracci i motivi di discolpa dell'imputato; la *seconda*, che, giusta i rimarchi fatti nel § 8, emana da un difensore giurisperito. *B)* Parimenti si distinguono le difese *principali* dalle *accessorie*, delle quali le *prime* hanno per iscopo la rimozione o la diminuzione della pena, le *seconde* l'allontanamento di singole pregiudizievoli operazioni processuali (4) Il pregio di questa partizione dipende dalla particolare struttura del processo penale. Se, (come essere dovrebbe), fin dal momento che la persona sospetta deve porsi in istato d'imputazione le accede un consigliero od assistente, allora la difesa diventa principale allo scopo di stornare l'inquisizione speciale, e propriamente il primo atto dell' esercizio dell' ufficio di difensore. *C)* Si ponno altresì distinguere le difese in *solenni*, (*solemnès*) e non *solenni* (*minus solemnes*), delle quali le prime si inoltrano in casi rilevanti mediante apposito libello. *D)* Finalmente si ponno distinguere le difese *necessarie*, e le *volontarie*, in quanto la difesa abbia luogo eziandio contro la volontà dell'imputato, oppure in perfetta dipendenza dal volere di quello.

§ 10. *Necèssità della difesa.*

A) Per motivi generali.

Non si sa comprendere in qual modo legislatori e giuristi, i quali pur conoscono l'essenza del processo penale, e il rapporto che hanno fra loro

crim. § 2271. Potessero i nostri difensori persuadersi una volta che sovente essi possono recar maggior vantaggio al loro inquisito, col tralasciare in mancanza di argomenti giuridici, di riempiere la scrittura di declamazioni, redigendo invece una domanda di grazia.

(1) Pertanto non è difesa il lagnarsi che fa l' inquisito contro il giudice, che è aspro di modi, e che lo fa languire troppo a lungo in prigione.

(2) Quindi una domanda di proroga, di miglior pasto, di meno gravoso arresto, non è difesa.

(3) *Bauer, Mass.* e § 209. — *Martin., proc. crim.* § 20. — *Hermann. Saggio.* p. 23. — *Müller, Tratt.* p. 397. — *Abegg, Tratt., del proc. crim.* p. 281.

(4) *Ludovici, introd. al proc. pen.* § 2. *Bauer*, § 209. — *Meister*, p. 224. divide la difesa in *preventiva*, e *principale*. *Stübel*, § 2269 distingue le *difese del processo*, e le *difese della pena*.

l'inquisizione e l'accusa, possano dubitare che la difesa sia nel processo penale necessaria. Per verità non si nega la necessità della difesa naturale, la quale riposa sulla massima, che niuno possa venir condannato senza essere stato ascoltato, ma la difesa formale viene combattuta colle seguenti argomentazioni (1).

Suol dirsi 1. che gli avvocati il più delle volte non fanno che contorcere il diritto, sfigurare la verità, e addurre sofismi fondati sulle apparenze: 2. che la necessità generalmente sancita della difesa protrarrebbe troppo la inquisizione e la decisione, e sarebbe causa di molte spese: 3. che l'inquirente stesso verrà d'ufficio rintracciando i motivi di giustificazione, e darà all'accusato, il quale del resto è in grado di ricordarsi di ognuno di tali motivi, opportunità di effettivamente giustificarsi: 4. che senza dubbio anche ogni difetto nella procedura, ogni lacuna e difetto nella prova sarà avvertita e riparata dai giudici decidenti, i quali sono sempre più d'uno, segnatamente se il giudicato debba venire formolato in più istanze.

Soltanto un modo di vedere affatto ideale, e più volte smentito dall'esperienza intorno all'eccellenza dei giudici, una mal fondata credenza che l'inquirente con eguale accuratezza possa venir raccogliendo le prove della reità e quelle dell'innocenza, ed un difetto di accorgimento, rafforzato da pregiudizj, intorno ai lati manchevoli del nostro processo penale alemanno (2), poterono indurre il dubbio intorno alla necessità della difesa (3). Ben lungi dallo scemare l'onore del ceto dei giusdicenti, non si può tuttavia disconoscere, che non di rado riescono agli impieghi

(1) *Leyser spec.* § 62 *de odio defens.* — *Fügers, Devesi accordare un difensore all'imputato d'un delitto negli stati ereditarii austriaci?* Tomo II, p. 100. Tomo III, p. 180. — *Sonnenfels. Della pluralità dei voti nei giudizii criminali.* II. Ediz. Vienna 1808. p. 16 = È grato il potere avvertire, che appunto nell'*Impero austriaco,* dove fino al 1849 non fu ombra di difesa, la nuova legge processuale penale non solo ammette la difesa formale, ma le è altresì molto più favorevole che la legge francese. V. buone osservazioni nell'opera di *Hye, Principii fondamentali del regol. austriaco del proc. pen.* p. 260 =

(2) V. la mia opera: *l'amministrazione della giustizia penale pubblica ed orale, ed il giury* ecc. p. 21. — La CCC. diede per verità quanto si poteva al suo tempo, ed ebbe un'intento lodevolissimo; ma fin d'allora v'era gran contrasto fra le antiche idee giuridiche e le nuove opinioni, cosicchè niuna sicura base esisteva. Peggiore si fece d'assai la cosa, di mano in mano che si andò togliendo una pietra dopo l'altra dall'antico edificio, per es. coll'abolizione della tortura, cosichè tutto ora riposa sull'uso del foro, il quale non è meno vario di quello che siano differenti i tribunali.

(3) La necessità della difesa dimostrano: *Cramer, de favore et irration. consuet defensor. exclus. in caus. crim.* in *Opusc.* Tomo IV. p. 191 — *Soden, Spirito della legislazione penale* § 9. *Dresch, Svolgimento sistematico dei principj fondamentali del dir. priv.* § 234. *Gerstäcker. Istruzione* I. p. 23. *Hermann, Saggio,* p. 16. *Abegg, Tratt.* p. 252. V. anche *Hepp, Del principio accusatorio.* p. 49.

giudiziarii anche persone le quali non sono penetrate della gravità delle mansioni loro: che, appassionati inquirenti, i quali collocano un loro particolare orgoglio nel poter allegare confessioni degli imputati, oppure sono irritati contro l'incolpato, che non vuol confessare, si permettono azioni non giustificabili, in legge, e, prevenuti come sono contro l'incolpato, diventano poi inetti a scrutare e seguire imparzialmente tutti gli argomenti di giustificazione di quello, e che segnatamente nei processi politici assai grande è il pericolo così dell'esorbitante zelo d'ufficio, come della prevenzione. Non mancano neppure nel numero degli inquirenti certuni, i quali senza alcuno zelo di ufficio, meccanicamente, e con indifferenza conducono le loro inquisizioni dietro un formolario adottato una volta per sempre, e contenti, se appena il più necessario è fatto, non si curano poi di tener conto dei motivi di giustificazione dell'incolpato, perchè a loro ogni fatica è troppo grave. Contro cotali inquirenti fa ben d'uopo all'imputato di una protezione, tanto più allorchè i giudici decidenti nel processo inquisitorio segreto non hanno neppure sentito l'incolpato in persona, e lo giudicano solamente dai protocolli, non di rado infedeli e sparsi di lacune, od anche, sedotti dall'accidia, od inaspriti dalle eccesive esigenze dei sovrastanti, assistono con indifferenza alle sessioni, oppure, accecati da pregiudizii e passioni, atti non sono a scrutare i punti di difesa spesso nascosti e difficili a rintracciare. Contro questa così facile parzialità dei giudici inquirenti e decidenti è pure necessaria una difesa, e non sono sufficienti nè la difesa materiale, nè il così detto *obbligo di difesa* (1) del giudice stesso, ed il suo adoperarsi a favore dell'innocenza. E per verità, 1. l'incolpato, se testimonii depongono contro di lui, di rado è in istato di difendersene, perchè la interrogazione che gli viene mossa in questo proposito alla sfuggita e frettolosamente, gli lascia poco tempo da pensarvi, e qualhe volta persino non viene interrogato del tutto. 2. Oltracciò spesso egli non conosce i testimonii che depongono contro di lui, e quindi non può contro di loro eccepire, mentre il difensore può assumere informazioni (2). 3. Lo zelante ed operoso inquirente è poi assai facilmente predominato da qualche prevenzione, si prefinisce un certo scopo, dietro a questo si forma un piano, che gli restringe la vista, e gli vieta di scoprire tutte le traccie ed i motivi opposti che lo sconvolgerebbero. 4. Secondo i nostri Codici, in particolare, nei quali tanto si fa colle

(1) A ragione osserva *Grävell, nell'Esame dei pareri*, ecc. Parte II, p. 61. che niuno può servire a due padroni, e molto meno agire o procedere per due opposti impulsi.

(2) È noto all'autore un caso, in cui sei testimonii deponevano contro un imputato di spergiuro, mentre l'accusato affermava costantemente la sua innocenza; soltanto dopo accurata informazione riuscì al difensore di sapere, che al tempo del fatto l'uno dei due testimonii principali si trovava lontano 8 ore dal luogo, l'altro giaceva ammalato.

presunzioni (1), e la riprova se ne esige dall' incolpato, (per es. nel *dolo*) questi non è appunto in grado di condurre tale difficile e complicata riprova. 5. Finalmente l'imputato non di rado ha delle erronee prevenzioni, e non vuole confessare la verità di certe circostanze a lui favorevoli, temendone pregiudizio, (2) mentre invece queste circostanze, conosciute che fossero, lo preserverebbero da una sfavorevole sentenza.

In tutti questi casi nonv'ha che il difensore giurisperito, (3) il quale possa mettere dinanzi all'incolpato tutti i fondamenti dell' imputazione, scomporglieli con accuratezza e in modo intelligibile, conducendolo così a rintracciare i motivi di giustificazione, oppure cercarli egli stesso mediante stragiudiziali informazioni. Un tale difensore soltanto può discovrire le imperfettezze, o le mende degli atti, egli può far sì che i Giudici decidenti conseguano una, per quanto si può, completa veduta dell'insieme, ed imparino a conoscere più perfettamente l' imputato, cui essi altrimenti dovrebbero conoscere solamente dagli atti dell' inquisizione, mediante i protocolli spesso infedeli dell'inquirente. Un difensore esperto nel diritto scovre sovente punti di vista e rilevanti momenti della decisione, i quali sfuggirebbero al Giudice inquirente e decidente (4), ed in ispecie nelle inquisizioni sopra delitti di stato, dove tanto facilmente Giudici servili trovano colpa nell'imputato, solo perchè lo desiderano i dominatori (5), egli è una sacra egida contro cui si frange il dispotismo o la timida viltà, ed il suo scritto difensionale, il quale in parte connette i motivi di giustificazione che giacciono negli atti e facilmente vengono sorvolati da uno svogliato relatore, in parte propone ai Giudici i

(1) Si rifletta solamente alle così dette *præsumtio doli*, ed alle presunzioni sulla *culpa dolo determinata*.

(2) Ragguardevole esempio ce ne porge un caso d' infanticidio riferito nel nuovo *Arch. del Dir. crim.* Tomo III. Fasc. 1. *N.* II, in cui una donna nubile gravida smentiva la circostanza a lei favorevole della gravidanza fuori di matrimonio, e sarebbesi quindi tirata addosso la pena dell' omicidio d' un congiunto, siccome ucciditrice del proprio figlio legittimo.

(3) Vedi buonissime riflessioni in *Stübel proc. crim.* Tomo IV. § 2256: senza assistente giuridico non v'ha giudice, senza giudice non vi ha diritto, e senza diritto la vita non ha più valore.

(4) Chi conosce il processo segreto tedesco, e sa quanto poco corrispondano al vero le trattazioni che pervengono ai votanti per mezzo dell' inquirente e del relatore, non vorrà negare al certo la necessità della difesa.

(5) Fino a che sotto il pretesto della così detta *haute police*, (della quale, a quel che pare, si compiacciono eziandio alcuni stati tedeschi) violando i confini del diritto, si seguirà la massima, che nell' inquisizione di delitti di stato non occorra stare troppo rigidamente all' osservanza delle prescrizioni di leggi, il difensore, non dandosi alcun pensiero del giudizio sovrano, si sentirà doppiamente mosso ad opporsi a tale arbitrio. Vedi in questo proposito interessanti osservazioni di *Dupin. Edition nouvelle de Camus: lettres sur la profession d' avocat.* Tomo I, p. 136.

punti di vista della decisione e li preserva dalla parzialità dell'esame, dà allo stato la massima tranquillità, che nulla fu ommesso che avrebbe potuto condurre a mettere in chiaro l'innocenza. = Ella è pure una grande illusione quella di certi legislatori e giuristi, i quali danno poca importanza alla difesa, perciò che l'imputato non abbia d'uopo di fornire schiarimenti che sulle circostanze intorno alle quali viene interrogato, il che non richiede un assistente giurisperito, mentre i Giudici stessi ponderano i giuridici punti di vista, e le leggi che decidono del caso. In ciò si dimentica, che l'imputato spesso non sa intorno a quali circostanze di fatto egli debba spiegarsi: che egli non comprende, quali conseguenze di diritto i Giudici caveranno dai fatti: che sovente i punti di fatto, e i punti di dritto sono così intimamente intrecciati fra di loro, che egli non può comprendere quali punti di fatto addur possa, onde ribattere le conseguenze che si vogliono far valere, o sopra quali fatti debba costruire la sua difesa (1). =

Dal fin qui detto risulta abbastanza chiara la necessità della difesa formale, tanto più, che per le osservazioni giuridiche d'un esperto criminalista (2), le leggi sul processo in materie penali devono ordinarsi non sulla base d'una assoluta necessità, ma piuttosto su quella d'una possibile utilità, e che un istituto appare abbastanza necessario nel processo, quand'anche solamente nella maggior parte dei casi contribuisca in qualche cosa alla scoperta della verità. Nessuno vorrà nemmeno pensare di circoscrivere la difesa in certi delitti, e specialmente nelle più gravi incolpazioni (3). Le obbiezioni però, che potrebbero desumersi dal possibile abuso dell'istituto per l'incuria o la poca coscienziosità di certi difensori, o dalla costosità e protrazione del processo, o dalla produzione di tanti inopportuni scritti di difesa, scompajono, se viene ponderato il vantaggio dell'ottenersi con maggior sicurezza una decisione giusta per quello stesso prolungamento, tanto più che i possibili abusi, ai quali del resto si può mettere riparo, non valgono mai a diminuire il pregio d'un istituto in sè stesso (4).

(1) *Hepp*, *Del principio accusatorio*. p. 87, 88.

(2) *Tittmann*, *nelle osservazioni al suo abbozzo della legislazione criminale sassone* p. 102 dice: *la difesa deve tanto meno rigettarsi, per ciò che le leggi sul processo penale devono corrispondere non tanto all'assoluta necessità di una prescrizione, quanto alla possibile utilità della medesima.*

(3) Sembrano passati i tempi, in cui si faceva colpa dell'avere difeso un accusato di tradimento di stato, oppure si esigeva anzi tutto dal difensore che ne domandasse licenza. Appunto quanto è più grave l'accusa, tanto più deve favorirsi la difesa. V. *Arnim*, *Frammenti sui delitti e sulle pene*, § 108. *Globig*, *Sistema della legislazione sul processo criminale*. pag. 232.

(4) V. *ragioni della necessità della difesa in Renazzi elem. jur. crim.* Tomo III, p 190. *Cremani*, *de jure criminali*. Vol. III, p. 281-84. — *Paoletti*, *Istruzioni per compilare i processi criminali* p. 127. *Smets von Ehrenstein* — Le

La necessità della costituzione di un difensone giureconsulto si pare oltre che pei motivi suesposti, eziandio per la natura stessa della procedura orale sotto forma accusatoria, quando si rifletta, che l'accusa viene proposta e sostenuta da un magistrato esperto del diritto, possente, ed esperimentato, e che, sia la trattazione, sia la decisione potrebbe facilmente diventare parziale, ove a questo magistrato non fosse contrapposto un difensore parimenti istrutto, ed esperimentato, il quale operi nell'interesse dell'accusato. Locchè egli fa 1) coll'apparecchiare i mezzi di difesa, raccogliendo informazioni, e proponendo testimonii: 2) col mettere innanzi le necessarie eccezioni per incorse nullità, e col fare proposte nell'interesse dell'accusato per dilazione della sessione: 3) col proporre acconce domande ai testimonii onde ovviare alla parzialità dell'esame: 4) in ispecie nell'importante prova per periti, col provvedere ad un completo esaurimento della prova, opponendosi principalmente ad un lodo basato su inesatte supposizioni od insufficienti ragioni, e proponendo quindi eziandio, se occorre, nuovi periti, il cui parere combatta le viste del procuratore di stato, col dare ai periti domande opportune, e col far sì che non se ne muovano loro di imperfette o suggestive, e finalmente collo sventare le deduzioni che si traggono dal pronunciato dei periti: 5) in caso di malattie mentali dell'accusato, col raccogliere materiali onde provare l'alterazione mentale, e col dedicarsi alla deduzione di essa prova: 6) coll'opporsi alle proposte illegali o funeste all'accusato fatte dal procuratore: 7) col ribattere nel discorso finale le proposte finali dell'accusatore, esponendo le prove di discolpa secondo il vero loro aspetto, e facendo valere ogni possibile argomento di difesa. =

§ 11. *Necessità della difesa per le leggi e per l'uso forense.*

Secondo il diritto comune fa d'uopo distinguere il prescritto delle leggi, dall'uso forense, e il permesso di avere un difensore, dalla necessità del medesimo.

Si è già osservato dissopra (§ 4) che il regolamento giudiziario criminale (1) concedeva ad ogni imputato di avere un difensore o dal ceto degli Scabini, o da quello dei giureconsulti; ma questo dovea accadere soltanto nei casi in cui l'imputato stesso domandi un difensore. Sulla necessità giuridica della difesa non ha la Carolina alcuna disposizione; non fu che l'uso del foro (2), che stabilì la regola, (3), essere la difesa formale

leggi penali e di polizia nel secolo XVIII considerate giuridicamente, filosoficamente, e politicamente. Lipsia, 1798. *Nr.* IV., *Reibenitz*, *Saggio di un ideale del sistema dei giudizii*, Parte II, p. 100.

(1) Vedi anche *Falkner*, *med. ad defens. forens. quib. fata. orig. spec. defens. enarr.* Lips. 1738.

(2) Vedi gli autori citati da *Meister*. *Tratt.* § 223; e *Bauer*, *Manuale* § 210. *Tittmann*, *Manuale* 111. § 808. *Martin*, *proc. crim.* § 80. *Müller*, *Tratt.* § 309.

(3) Con richiamo all'art. 47 CCC, ed anche alla c. 14. X. *de judic.*

necessaria in tutti i casi in cui devesi applicare una pena grave, almeno quella dell'ergastolo, intendendosi poi per tal difesa la difesa principale (1). In quei casi un difensore dovea essere deputato dal giudice eziandio contro la volontà dell'imputato (2).

Questa dottrina del diritto comune, giustificata dall'eminente interesse dello Stato alla giustizia, e dalla persuasione, che la sola difesa formale aumenta la sicurezza che all'imputato non venga fatta ingiustizia (3), si fondava in sostanza sull'espresso tenore dell'ordinanza giudiziaria penale, (4) la quale prescrive dovere il giudice facilitare la condotta della prova di discolpa all'imputato che fosse impedito da difetto d'accorgimento, o da spavento, dal far uso dei mezzi acconci al trionfo della sua innocenza, sicchè era cosa conseguente, l'ammettere che nelle gravi imputazioni, in cui la stessa gravità loro facilmente turba l'incolpato e gli toglie la lucidità della mente, provveda il giudice d'ufficio un difensore. In quanto ai casi in cui ciò dovesse aver luogo non era per verità uniforme la pratica; anzi tutto se ne riconobbe la necessità nei casi di pena di morte (5), e poscia per interpretazione estensiva la si riconobbe anche in tutti gli altri casi penali (6), e specialmente in quelli in cui si debba infliggere la pena dell'ergastolo, od in generale una pena infamante (7). Nulla importa che siavi una prova contro l'imputato, oppure che egli stesso abbia pienamente confessato (8).

In questo senso furono concepite eziandio le disposizioni delle moderne legislazioni. Senonchè egli è facile comprendere che la massima, non dovere la difesa necessariamente intervenire che in certi gravi casi penali, non riposa sopra alcun retto principio, (9) e perchè quel limite è assai arbitrariamente definito, e perchè non appare conseguente cosa nei minori casi penali, nei quali tuttavia si può infliggere sovente una pena di

(1) Che l'uso forense di singoli paesi o codici accordi la difesa contro l'imprigionamento, l'inquisizione speciale, il confronto ecc. ciò non modifica le generali determinazioni.

(2) Se la mancanza di difesa costituisca una nullità, V. *Bauer, Massime* § 210. Se la difesa in un caso in cui era necessaria non venne attivata, sia che *a*) il giudice non fece conoscere all'imputato il suo diritto alla scelta d'un difensore, sia che *b*) nei casi prescritti dalla legge il giudice non ha costituito un difensore *ex officio*, incorre immancabilmente una nullità.

(3) *Stübel, proc. crim.* § 2288.

(4) Art. 47 della CCC.

(5) In questi casi soltanto l'*ordin. crim. meklemburgh.* §49 ammette la difesa necessaria.

(6) *Meister, Introd.* § 224. *Hermann, Saggio*. §. 9.

(7) *Quistorp, Saggi intorno a diverse materie giuridiche.* n. 41. *Tittmann, Man.* § 808 nota y. *Stübel*, § 2289 vuole che si stabilisca la necessità della difesa in tutti i casi in cui sovasta grave pena corporale.

(8) *Quistorp*, Mass. § 683. *Tittman*, § 808 not. *d. e.*

(9) Hepp, *Il principio accusatorio*. p. 89.

parecchi anni, privarsi dei mezzi di difesa necessarii nell'interesse della giustizia, mentre si riconosce pur d'altronde il principio che nelle cause penali nessuna rinuncia dell'imputato deve essere base a decisione (*). La legislazione francese riconosce una illimitata facoltà di eleggersi un difensore, persino nelle contravvenzioni di polizia (1), e nei casi spettanti alla polizia correzionale (2), ma nelle accuse per crimini vuole che sia costituito d' ufficio un difensore all' accusato dal momento che egli è posto in istato d'accusa (3). Pel diritto prussiano (4) non deve accettarsi la rinuncia dell'imputato al difensore, quando gli sovrasti per lo meno la pena del carcere di 10 anni, eccetto che se egli sia convinto in pari tempo e confesso, e deponga a protocollo la sua rinuncia alla difesa alla presenza di persona degna di fede, e non subordinata al giudice inquirente (5). Difficilmente può approvarsi questa eccezione, perchè l'inquirente non può giudicar della legale esistenza della convinzione, e perchè appunto nella confessione importa spesso moltissimo il constatare col mezzo d'un difensore indipendente in qual modo ella siasi ottenuta. = Secondo la nuova legge prussiana del 3 gennaio 1849, e le posteriori del 1852 in tutti i casi di gravi delitti (i quali devono essere recati davanti al giurì) l'accusato debbe avere un difensore, e questo deve essergli deputato dallo Stato, quando egli medesimo non lo elegga. =

Il Codice Bavarese (6) accorda difensori giureconsulti, e prescrive eziandio contro volontà dell' imputato la costituzione d'ufficio del difensore, se il crimine di cui egli è imputato sia di tal natura che egli abbia a temere una condanna a morte, od alla catena.

= Secondo la nuova legge bavarese dell' 8 novembre 1848 (§ 118), dopochè fu deliberata la posizione in istato di accusa, l' accusato viene interrogato, se voglia un difensore, e se egli non ne elegge alcuno,

(*) Una sola rinuncia dell' imputato è riconosciuta ammissibile ed efficace dalla legge processuale penale austriaca del 29 luglio 1853, ed è la rinuncia al *ricorso* contro un conchiuso preso in seguito a chiudimento dell'inquisizione. Certo questa restrizione non potrà essere approvata da chi invoca con *Mittermaier* l'intervento della difesa nel più ampio modo in tutto lo stadio inquisizionale, mentre ella è forse appunto una conseguenza della poca propensione della legge austriaca alle difese in quello stadio. Però giova osservare che sarebbe assai più grave difetto, che la legge avesse dato effetto legale alla rinuncia al ricorso contro le sentenze di prima istanza non passate in giudicato. Qui all'incontro la legge è piuttosto larga, accordando persino ad alcune persone il diritto di ricorrere a favore del condannato anche contro le volontà del medesimo (§ 300). (G.)

(1) Code. Art. 182. Qui si parla propriamente soltanto di un procuratore *cum libera*.

(2) Code. Art. 185.

(3) Code. Art. 294. Vedi però sul dir. franc. supra § 4 not. 60.

(4) Vedi supra § 4.

(5) Ordin. crim. pruss. Parte II. Cap. V. Art. 141. Lib. 11. Art. 473.

(6) Cod. bavar. art. 142.

spetta al presidente nominarlo nei casi in cui intervenga il giurì, e secondo un altro passo di legge (§ 123), l'accusato può, essendo venuto in cognizione della nomina, ricusarla, allegando però un valido motivo. Secondo il regolamento processuale criminale badese (§ 214), e secondo la legge badese del 1851 §§ 83. 86. nei casi in cui intervenga un giurì viene deputato d'ufficio un difensore, se l'accusato non ne ha già scelto alcuno. Pel codice processuale criminale della Sassonia reale del 1855, ogni imputato può valersi di un assistente giuridico (§ 38), ma la difesa è obbligatoria se fu deciso l'avviamento della trattazione principale in base ad una accusa di crimine, cioè di un reato a cui è comminata la pena di 4 anni di carcere o quella dell'ergastolo, o la pena di morte. Secondo il § 39 perde ogni effetto la deputazione *ex officio* tosto che l'imputato provveda in seguito da sè medesimo alla scelta d'un difensore; la necessità della difesa non è esclusa, perciò che l'imputato sia egli stesso un difensore giuridico e voglia difendersi da sè = (*).

§ 12. *Casi penali nei quali la difesa può o deve aver luogo.*

Dietro le cose fin qui esposte devono distinguersi due specie di casi, cioè 1. quelli nei quali la difefa è concessa, 2. e quelli nei quali il difensore deve essere costituito. Ai primi appartengono tutti i casi penali, tanto secondo la pratica forense del diritto comune (1) quanto secondo le moderne legislazioni (2). E questo vuolsi riconoscere ovunque nello spirito d' una necesaria protezione, se la legge lata non contenga una espressa eccezione (3).

(*) Il § 215 del Regol. proc. pen. austr. del 29 luglio 1853 prescrive, che, quando la pena che sovrasta all' imputato tocca, o sorpassa cinque anni di carcere duro, debbasi deputare d'ufficio un difensore all'imputato che non l'abbia scelto da sè, senza distinzione tra un imputato che potrebbe esercitare egli stesso l'arte di difensore, od un altro qualunque. Detta legge accorda eziandio all'imputato che tema di non essere bene patrocinato dal difensore destinatogli, di significarlo al presidente, chiedendo che sia fatto i cambiamento opportuno (§ 215 alinea 6). (G.)

(1) *Brunemann, proc. inq.* c. 8. n. 3. *Kress. Comm.* ad CCC. *ad art.* 48 § 3. *Thoeniker, advocatus.* C. 4. *Quistorp, Supplementi. Tratt.* 41. *Ludovici,* Introd. Cap. 8 § 8.

(2) Dir. crim. pruss. § 435. Tuttavia il § 437 determina, che nei furti, nelle rapine, e nelle truffe e simili contravvenzioni la difesa formale debba aver luogo allora soltanto, che la pena consista in 10 o più anni d'ergastolo, o nella morte, oppure l'inquisizione sia particolarmente estesa od avviluppata. V. Su di ciò, dissopra § 4. *Il cod. bavar.* art. 141 ecc. permette in generale la difesa nei crimini, e parimenti l'art. 475 nei delitti.

(3) Il cod. annover. di polizia dell'11 dic. 1840 § 67 non ammette assistenti legali nel processo orale nelle cause penali di polizia (Nel regol. proc. pen. austr. del 29 luglio 1853 le contravvenzioni rimesse alla giurisdizione delle autorità di polizia debbono trattarsi secondo le norme stabilite pei giudizii civili (§ 9 alinea 3); ma non per questo può mai aver luogo su di es-

Se l'imputato è minorenne, o posto sotto tutela per debolezza di mente, coloro ai quali tocca difendere la sua persona in forza della podestà patria o tutoria devono essere abilitati alla scelta del difensore, come l'imputato stesso (1). In tutti i casi in cui la difesa non è prescritta come necessaria viene dessa considerata un mero privilegio spettante all'imputato a maggiore sicurezza dei suoi diritti: è a lui permesso di farsi difendere, ma solo il voler suo decide della reale esistenza della difesa.

Negli altri casi all'incontro la difesa è per legge necessaria, cosicchè l'imputato non la possa rifiutare (2). Secondo l'uso forense ogniqualvolta la pena da temersi sia dell'ergastolo, o più grave, ed in generale, ogniqualvolta sovrasti una pena riconosciuta come afflittiva dalla legislazione o dalla pratica, il difensore deve essere costituito dal giudice d'ufficio (3). Moderne leggi (4) esigono quella costituzione, allorquando il crimine imputato sia di natura tale, che ne possa conseguire punizione o di morte, o di ceppi, o di lavori forzati (5). Se più imputati in una sola inquisizione difendere si denno, vuolsi aver cura, che ad ognuno di essi venga deputato un difensore, quando appena sia a temersi che i punti di difesa trovinsi in collisione fra di loro (6), p. es. quando un complice derivi la sua discolpa dall'incolpazione di un altro (7).

= Le imperfezioni nella difesa necessaria secondo le moderne leggi (§ 11) sono parecchie: 1) Non va bene che si possa imporre all'imputato un difensore, nel quale egli non abbia fiducia p. es. perchè fra quello ed il procuratore di Stato siano intercedute inimicizie. Più giusto si è che non si tolga all'imputato il diritto di ricusa. 2) Difficile diventa eziandio sovente determinare se trattisi di un caso in cui sia necessaria la difesa. Se la legge regola questo punto a seconda della natura della pena che sovrasti, vuolsene ammettere la necessità, quando appena sembri per la natura dell' accusa, che sarà per infliggersi il *maximum* di essa pena.

se dibattimento, perchè concorrendo per detta legge le autorità di sicurezza o polizia, nella competenza loro piuttosto colle preture, o giudizii distrettuali (*bezirksgerichten*) che coi tribunali (*Kreisgerichten*), debbe la procedura applicabile presso le medesime essere piuttosto quella in uso presso le preture, che quella in uso presso i tribunali; ora nei giudizii distrettuali la legge non dà luogo a dibattimento orale (§ 419). (G.)

(1) Proc. pen. virtembergh. art. 281.

(2) *Quistorp*, *suppl.*. l. c. *Westphal*, *dir. crim.* *osserv.* 141. *Bauer*, *Mass.* § 210. *Tittmann*, *manuale* IV. p. 776 p. a. *Stübel*. proc. crim. IV. § 2289 2290. *Martin*, proc. crim. § 80. *Müller*. *Tratt.* p. 401.

(3) V. § 11 nota 8-11.

(4) *Il cod. bavar.* art. 254. *Dir. crim. pruss.* § 436.

(5) P. es. secondo il proc. pen. *virtemberghese*. art. 282.

(6) *Müller*, *Tratt.* p. 401.

(7) Proc. pen. *virtembergh*. art. 284. Secondo la legge *meklemburghese* dell'8 genn. 1839 art. 80 allorquando si deve pronunciare sentenza di morte contro parecchi condannati, devesi deputare ad ognuno un proprio difensore.

3) Quando siavi più coaccusati, è a censurarsi per soverchia durezza la costituzione d'un troppo scarso numero di difensori, quando p. es. il difensore di uno degli accusati rimuova da questo cliente la colpa, accumulandola più grave sugli altri. Ottima è qui l'osservazione di Hye (1), doversi evitare ogni intervento imperativo del tribunale o del presidente, laonde si spiega la disposizione del § 213 del Regolamento del processo penale austriaco, che « ove più persone coaccusate dello » stesso reato scelgano da sè i loro patrocinatori, è pure in loro fa- » coltà il determinare se più fra esse vogliano farsi assistere da un » difensore comune. Incumbendo invece al giudizio la destinazione » dei difensori per più persone coaccusate, è libero al presidente del » dibattimento di deputare persone più di loro, a norma del comune od » opposto interesse, uno o più patrocinatori comuni, e così pure, se la » nomina loro è rimessa alla rappresentanza degli avvocati, d'indicar- » gliene il numero che si rende necessario in riguardo alle premesse » circostanze ». =

§ 13. *Costituzione del difensore.*

A) Chi in generale possa essere difensore.

Poichè la difesa esige fondate cognizioni giuridiche, senso pratico, perizia nella esplorazione, e nella esposizione dei motivi di difesa, franchezza e saldezza di carattere, e perciò assenza di tutte le cause che lo possono distogliere da libero esame e da impavida censura, così la facoltà di difendere non può spettare a chicchessia indistintamente (2).

D'altra parte però non deve lo Stato, che vuol favorire la difesa, ed ordinarla in modo conforme allo scopo, circoscrivere il diritto di difendere ad un certo ceto di persone solamente, p. es. a quello degli avvocati, i quali involti in altre più lucrose facende civili, poco zelo ripongono in queste difese (3), e quindi in mancanza di un nobile impulso (4) facilmente difendono in una maniera affatto meccanica. La protezione dovuta alla difesa esige piuttosto che non si restringa in modo alcuno la fiducia dell'accusato, la quale si manifesta nella scelta del difensore.

(1) Leit. Grund. p. 260.

(2) Sulla scelta dei difensori v. anche *Globig. Sistema* del *proc. giudiz.* p. 251: Merita considerazione la sua proposta di istituire e di salariare difensori stabili destinati solamente a certe difese.

(3) Fino a che non si arrivi, al punto in cui, come in Inghilterra ed in Francia, il difensore vada superbo del diritto di difendere, e se lo ascriva ad onore, fino a che non si faranno difese, che perchè il tornó degli avvocati recò ad ognuno la sua volta, assai poco si avrà da ripromettersi dai difensori.

(4) Il processo orale pubblico agisce eziandio come possente incitamento pel difensore. La stima del pubblico circonda sovente un giovane avvocato per una difesa ben riuscita.

La legislazione criminale germanica (1) ha bensì accennato di preferenza fra i difensori gli assistenti giudiziarii, ma non ebbe con ciò alcuna mira di escludere le altre persone che l'imputato eleggesse. La pratica forense alemanna (2) e le leggi provinciali ammisero a difensori o tutti gli avvocati, o gli agenti giuridici addetti ad un tribunale, oppure per nobili mire eziandio ogni altro giureconsulto, persino forestiero, (3) con questo però, che lo stato non sia tenuto a sopportare le maggiori spese che la scelta di un difensore forestiero accagionasse (4). Non si ha più alcun riguardo attualmente alla Carolina, laddove ordina che si elegga un difensore dal grembo degli assistenti giudiziarii (5).

Alcune recenti legislazioni hanno ristretto il diritto di difendere ad appositi od obbligati officiali di giustizia, o commissarii (6), od agli avvocati assegnati alla corte criminale (7), mentre (8) secondo altre ogni persona esperta del diritto scelta dall'imputato può difendere (9). == Il regolamento austriaco intorno al processo criminale esige (§ 219) che il difensore si costituisca dal numero dei difensori approvati nel luogo del giudizio, e propriamente da quelli che si trovano sulla lista compilata dal tribunale d'appello, nella quale possono assumersi oltre agli avvocati, anche giovani, i quali abbiano subito l'esame di giudicatura o di avvocheria, oppure maestri pubblici di diritto. Oltracciò è buona cosa, benchè pur troppo non se ne abbia ancor molta esperienza favorevole, che eziandio altre persone non appartenenti al ceto degli avvocati possano scegliersi a difendere, p. es. congiunti dell'accusato nei quali questi abbia una speciale confidenza. Se ciò non vuolsi accordare per la ragione, che è a temersi, che in questo modo non si eleggano difensori non abbastanza esperti del diritto, oppure delle cui cognizioni del diritto e perizia nelle difese non si ha prova alcuna, questi inconvenienti si possono evitare, se nei casi in cui il presidente nudre quei

(1) Art. 88 CCC; ciò non vale più oggidì. V. *Quistorp. Mass.* § 653. IV. *Stübel* proc. crim. § 2303.

(2) *Bauer, Massime* § 202.

(3) *Tilmann, Manuale III.* § 809. *Stübel.* proc. crim. IV. § 2310.

(4) *Tilmann, Man. III.* p. 436.

(5) *Quistorp, Mass.* § 653.

(6) *Dir. crim. pruss.* § 463; i giureconsulti stranieri sono esclusi § 462. V. però § 433.

(7) Code d'*instruction crim.* art. 295. Se l'accusato vuol farsi difendere dai suoi congiunti od amici, occorre a tal uopo per l'art. 295. il permesso del presidente. Che troppo si fa dipendere in questo modo dall'arbitrio del presidente venne già osservato.

(8) Cod. bavar. art. 143.; l' imputato può scegliersi la persona, ma ne decide l'arbitrato dei giudice.

(9) Secondo l'ordin. di *Weimar*, non si ammette un giureconsulto straniero, che allorquando l'incolpato lo elegga per ispeciale confidenza, ed egli assuma l'incarico gratuitamente, nè il tribunale d'appello abbia difficoltà alcuna ad accettarlo.

timori, egli comandi la deputazione di un avvocato a fianco del difensore eletto dall'imputato, per la presenza del quale ogni caso incidente può essere avvertito. Secondo il regolamento processuale criminale della Sassonia reale (§ 41) può nel dibattimento orale dietro domanda dell'imputato ed a giudizio del tribunale accordarsi la parola ad uno dei parenti maschili dell'imputato medesimo = (*).

Ma qui sorge spontanea un altra domanda: chi è tenuto ad intraprendere la difesa? Ciò vuol essere deciso dalla legge, onde sappia il giudice a chi possa affidare d'ufficio una difesa.

Secondo l'uso del foro (1) non si è mai dubitato che gli avvocati siano obbligati ad assumere la difesa, e solamente validi motivi legittimano la ricusa (2).

Leggi moderne assegnarono questo dovere a funzionarii di giustizia o costituiti od appositamente deputati (3), nel che non vuolsi dimenticare che non si dovrebbe mai eleggere a difensore una persona giudiziaria addetta al tribunale inquirente medesimo, davanti al quale debbe aver luogo la difesa (4). Per quanto sia poi lodevole costume quello di schiudere ai giovani principianti una prospettiva di nobile arringo, non si può tuttavia approvare la legge che assegni di preferenza a quei principianti l'ufficio delle difese, col che si verrebbe a far sì che gli inesperti facciano le loro prove sull'accusato, e a tutto rischio di lui, oltredichè tali persone non sono nemmeno abbastanza franche, ed indipendenti di carattere in faccia al giudice ed allo Stato, da potere difendere con tutta la necessaria libertà. Indubbiamente anche l'accusato stesso può intraprendere la sua difesa (5), se non che nei casi, in cui la legge non ricorda rinunzia alla difesa, pare che ritener si possa, doversi de-

(*) Per la legge process. pen. austr. del 29 luglio 1853 i parenti dell'imputato non possono entrare nel processo che per ricorrere a suo favore, ed anche contro sua volontà dalla condanna emanata in prima istanza al tribunale d'appello (§ 300). Essi potrebbero eziandio far riassumere il processo onde far dichiarare la piena innocenza del condannato, anche dopo il suo decesso. (§ 372). (G.)

(1) V. *Meister*, *Tratt.* p. 242. *Titmann*, *Man.* l. c. § 809. A ragione però osserva qui *Titmann*, che il più dipende dalla costituzione locale del ceto degli avvocati.

(2) P. es. necessaria assenza, malattia, inimicizia ecc. *Meister*, *Tratt.* l. e *Titmann*, *ibid.* not. V.

(3) Così il dir. crim. pruss. § 463, astringe alle difese i commissarii di giustizia, ogni servo di giustizia, referendario, attuario. Il cod. bavar. art. 143, vi obbliga gli avvocati e gli accessisti dei tribunali d'appello, dei giudizii urbani e foresi. V. anche il regol. di *Weimar* § 4.

(4) Il che è spressamente determinato nel cod. bavar. art. 143.

(5) *Quistorp*, *Massime* § 658. Vedi però *Meister*, *Tratt.* p. 228. *Tittmann*, *Man.* III. p. 454. Si esamini se l'imputato conosca o no le leggi patrie. V. anche *Müller*, *Tratt.* p. 400. Nella trattazione orale rileva ancor molto la circostanza dell'avere o no l'imputato la necessaria perizia nell'arte del discorso.

putare all'accusato non abbastanza conoscitore del diritto un difensore giureconsulto, almeno come sussidiario (1) (*). Ove si rifletta che solamente la più grande indipendenza del difensore dall'inquirente fornisce malleveria che egli rileverà e censurerà francamente e senza tema i vizii dell'inquisizione, e così difenderà debitamente l'incolpato, si deve fermare che non è ad affidarsi la difesa ad un prossimo congiunto dell'inquirente stesso (2) (**). Perciò quando il difensore viene assegnato d'ufficio dovrebbesi accordar sempre all' imputato il diritto di fare le sue eccezioni contro tale destinazione, affinchè non siagli imposta persona di cui egli non si fida.

§ 14. *Chi elegga in ogni singolo caso il difensore.*

Siccome la possibilità di una completa ed acconcia difesa dipende spesso unicamente dalla confidenza dell' imputato, di cui deve godere il difensore, così le antiche leggi (3), l'uso forense (4), e le recenti disposizioni legislative (5) riconobbero che all' imputato spetta il primo diritto alla scelta del suo difensore. Soltanto nei casi in cui l' imputato stesso dichiari la sua inettitudine, e domandi al giudice la scelta, od in cui il giudice debba assegnar un difensore d' ufficio, spetta a questo il diritto di scelta, nel far la quale egli debbe avere diligente riguardo all'interesse dell'imputato, e dietro la migliore sua persuasione eleggere il più capace ed onesto difensore (6). E perchè anche quando l'imputato rifiuta la difesa, oppure per minorità, o per altre circostanze ha un legale rap-

(1) *Hübel, Proc. crim.* § 2311, 2312. Lo stesso ei decide eziandio nell'abbozzo. § 1663. *Martin, Proc. crim.* § 80 note 33, 34. *Globig, Sistema del processo giudiziario*, p. 232 n. 6. L'esperienza istessa, la quale insegna che solitamente in propria causa non si prendono i migliori consigli, sembra giustificare questa proposizione.

(*) Per la nuova legge process. pen. austriaca del 29 luglio 1853 il Tribunale non deputa difensore sussidiario, ma solo un principale allorquando l' imputato non ne ha scelto uno egli stesso nei casi in cui la difesa è necessaria (§ 212, 2 alinea) (G).

(2) *Tittmann, Man.* III. p. 437.

(**) L'apparente contradd. fra questo passo del testo e le cose dette nella pagina precedente sulla elezione a difensore d'un congiunto dell'imputato, si dissipa, mi pare, al riflettere che qui si discorre della deputazione del difensore *ex officio*, mentre dissopra si è parlato piuttosto della scelta del difensore fatta dall'imputato medesimo (G).

(3) Art. 88, CCC.

(4) *Quistorp. Mass.* § 635. *Meister, Tratt.* p. 235. *Grolman, Mass.* § 509. *Bauer. Mass.* § 212.

(5) *Cod. bavar.* art. 142. *Dir. crim. pruss.* § 433.

(6) *Meister, Tratt.* p. 235. *Tittmann, Man.* § 809.

presentante, il suo conjuge, od i suoi genitori e figli, ponno riclamare la difesa, spetta a costoro eziandio in tal caso la scelta del difensore (1) (*).

§ 15. *Doveri del difensore.*

Nella determinazione dei doveri del difensore sembra insorgere una collisione pel duplice carattere del suo rapporto. Da una parte il difensore non è che consigliero dell'imputato, tenuto soltanto all'assistenza di lui, e quindi autorizzato a tutto quello che può giovare al medesimo. Dall'altra egli rimane pur sempre suddito dello Stato, e non può quindi andar prosciolto dai generali doveri del cittadino in riguardo all'amministrazione della giustizia criminale, tanto più che il difensore, considerato da un punto di vista più elevato, ha la stessa missione del giudice, di promuovere la verità e la giustizia (2). Quei due rapporti però non collidonsi affatto, quando rettamente si esaminino, e sempre rimane qual riguardo decisivo il seguente: che l'istituto della difesa (3) non fu introdotto che a vantaggio dell'incolpato, che tanto più sicuramente egli raggiunge il suo scopo, quanto più si fondi sulla fiducia, nè la legge impedisca al difensore di essere per l'accusato tutto quello che deve per la sua naturale posizione; e cioè scorta e sussidio nel modo il più largo. Egli è un inganno di parecchi legislatori, quello

(1) Ord. crim. pruss. § 435

(*) Per la nuova legge pruss. crim. austr. del 29 luglio 1853, nei casi in cui l'imputato può rifiutare un difensore, cioè in tutti i casi in cui la pena non raggiunga i cinque anni di carcere, il giudizio non è autorizzato ad eleggerlo in sua vece, ove ei lo rifiuti, nemmeno sopra istanza di legali suoi rappresentanti. La legge non ha tenuto calcolo nell'accordare il diritto di rifiutare il difensore che dell'entità della pena, e non eziandio della capacità soggettiva, naturale, o civile dell'imputato, ed ha poi riconosciuto come non gravi i casi penali in cui la pena non tocca i cinque anni di carcere. Per verità pensando all'insufficienza del vigente austriaco ristretto sistema delle difese, si sarebbe tentati di ammettere, che almeno agli inconvenienti che un imputato inesperto sia per età sia per altre circostanze sarebbe per aggiungere a quelli della legge, debba ovviare il prudente arbitrio dei giudici nel non permettere uno sconsigliato, benchè legale rifiuto della difesa formale. Ma osta a ciò credere l'altro riflesso, che, lo spirito delle legge essendovi contrario, non è a pretendersi, che i giudici non si attengano piuttosto a questo, e tanto più che nel caso contrario si tratterebbe sovente di superare una quasi istintiva repugnanza (G).

(2) *Wangermann, Insegnamento sul modo di condurre le inquisizioni*, p. 180. *Tittmann, Mann.* III. Tomo p. 439. *Stübel, Proc. crim.* § 2328.

(3) Gran parte dei legislatori e dei dotti non ha giusta idea dell'onore e del pregio dell'ordine degli avvocati, cui cercano anzi deprimere per la sola ragione che un coraggioso patrocinante censura energicamente gli abusi dei giudici. La legislazione ha un alto interesse di elevare e distinguere il ceto degli avvocati, non già di avvilirli con leggi, le quali li tormentano continuamente con castighi, rimproveri, e tabelle informative, o rimunerano le loro fatiche, contando le righe, come se si trattasse

di credere, che il giudice inquirente possa coll'eguale sicurezza indagare l'innocenza come la reità, mentre al contrario a lui, che nel processo inquisitorio debbe assumere la parte d'accusatore, ed involontariamente è proclive di preferenza a constatare le colpa, deve star di fronte colle più ampie facoltà un difensore, ed i mezzi di difesa non devono essere più ristretti in mano di questo, di quello che i mezzi di convinzione in mano del giudice. Il difensore sta coll'accusato in un rapporto che lo obbliga alla fedeltà, siccome l'avvocato col cliente nelle cause civili (1). Pertanto deve essere debito principale del difensore quello di adoperarsi nel più coscienzioso modo a rintracciare ogni argomento di discolpa, sicchè egli studierà I. gli atti con quella medesima scrupolosità di cui si varrà eziandio nel colloquio, e terrà dietro ad ogni traccia che promette fornirgli argomenti di difesa. II Egli non si lascerà trattenere nè da umani rispetti, nè dai desiderii dei dominanti, i quali volessero per avventura trovare un colpevole, nè dalle insinuazioni del giudice o di altre persone, dal censurare francamente ogni eccesso giudiziario che sia incorso, e dal difendere liberamente l'imputato (2). III. = Egli metterà a profitto ogni, benchè remoto, argomento di difesa, che appena possa sperare (3) eserciterà qualche influenza. Si connette con questo punto anche la spesso agitata controversia intorno al potersi o no difendere

di pagare amanuensi. V. sull'onore del ceto degli avvocati: i discorsi di d'*Agnessau* all'apertura delle udienze, tradotti da *M. Weber. Sulzbach* 1826 p. 275. Vedi il mio articolo: *Avvocato nell'enciclopedia di Halla. Camus, Lettres sur la profession d'avocat.* Paris, 1805; nuova edizione di *Dupin*, Paris, 1818. Lettre VII. e Vol. 1 p. 188. *Eggena, Dell'ordine* dei *causidici* nella *biblioteca giuridica*, 1811, Tomo 1 fasc. 2, proc. 1. *Gans, dell' ufficio dei patrocinatori nel giudizio* p. 53, 78. Il miglior campo degli sforzi e delle glorie degli avvocati è però quello delle difese criminali. Benefica fu pure in Germania l'istituzione d'un *conseil de discipline* dal grembo degli avvocati, sul modello del decreto francese del 14 dic. 1810. Tit. III, benchè egli potrebbe ancora essere migliorato. Appartiene a questo proposito eziandio quanto si scrisse modernamente sull'organizzazione dell'avvocheria; v. p. es. *Steinacker, Missione dell'ordine degli avvocati.* Dresda, 1848, ed i miei articoli nell'arch. per la pratica civile. Tomo XV. n. 7, 13, e 18, XV. p. 138 XXI, n. 3.

(1) Annali della legislazione e giurisprudenza in Baviera, di *Gœnner* e *Schmidtlein.* Tomo 1 *p.* 100. *Gerstäcker, Insegnamento, ecc.*

(2) Per verità il difensore nell'esercizio di sua missione incontra frequenti scogli, egli deve scoprire le trascuratezze di un inquirente, che del resto apprezza, e con ciò opporsi immediatamente ad un uomo possente, dal quale dipende forse in parte l'esterna sua esistenza; ma tutto ciò non deve trattenerlo, dal fare il suo dovere, senza porgere ascolto ad umani riguardi. Quanto più franchi sono i difensori, tanto migliore sarà l'istituto della difesa. V. anche *Martin, Decisioni giuridiche di Hidelberga*, p. 167.

(3) Se un difensore può sperare, di sminuire anche di due soli giorni la pena del carcere, che sta per incogliere per l'imputato, egli deve starsene contento, e difendere coll'eguale operosità, con cui si porrebbe a salvar un uomo dalla morte.

una causa ingiusta, o in altre parole, al doversi o no fornire in ogni caso una difesa...? (1) Egli è certo anzi tutto *a*) che raramente si dà caso, in cui non si possano accampare per lo meno cause mitiganti, dubbii contro l'inquisizione, o punti di vista discolpativi, e nella maggior parte dei casi è conseguenza della imperizia o neghittosità del difensore, che invece della scrittura di difesa, egli dichiari non rinvenire alcunche per difendere (2). A questa circostanza pregiudizievele all'accusato vuolsi ovviare, e la legge ha buone ragioni di essere rigorosa contro difensori, i quali tentano disbrigarsi per mezzo di consimili pretesti (3). Il dovere di non patrocinare una causa ingiusta, non può condurre ad altra conseguenza da questa, che il difensore, persuaso che sia della reità dell'accusato giusta gli atti che gli stanno dinanzi, nulla faccia, onde con proposte, di cui egli stesso conosce la nullità, trarre in lungo la procedura, oppure coll'applicazione o col consiglio di illegali espedienti, tenere al coperto l'imputato, o condurre una difesa intessuta di infondate declamazioni e di sofisticherie. *b*) Nè punto si cambiano le mansioni del difensore ove sia egli subbiettivamente persuaso della reità dell'incolpato, quand'anche ne abbia avuto persino confidenziali confessioni dall'incolpato stesso, chè la persuasione del difensore, della quale egli deve far uso nella sua difesa, si governa solamente a seconda dello stato degli atti. *c*) Appunto nei casi in cui la difesa sembra al difensore assai difficile, deve egli tutto adoperare, onde guadagnare sia col colloquio, sia collo studio degli atti, argomenti di difesa, e far sì che lo Stato possa andar persuaso, niun mezzo non essere stato impiegato, che potesse condurre a scoprire l'innocenza. *d*) Entro il termine prefisso alla difesa il difensore esibisce poi ciò che ha trovato, quand'anche sia piccola cosa, senza che gli sia necessario supplire con detti strani e bizzari, e declamazioni vuote di senso ciò che gli manca di sode ragioni. IV. Capitale dovere del difensore si è la taciturnità (4) nel più ampio senso, intorno a tutto quello che gli comunicò l'imputato, fosse pure un commesso delitto, sia che egli venga a sapere prima, o dopo ultimata la difesa qualche cosa di pregiudizievole all'incolpato, o sia che le cose da lui svelategli si riferiscano all' og-

(1) Una novella del 36 luglio 1812 prescrive in Baviera che nessun difensore possa sottrarsi alla difesa, col pretesto di non trovar nulla a difendere.

(2) Sulla domanda: se possa difendersi una causa ingiusta, vedi *Moser, fantas. patriot.* Tomo IV. n. 29, *Zachariæ, Guida all' eloquenza forense* p. 86. Il *Blair*. Lezioni, Tomo, III. p. 21. Vedi anche *Gans, Dell' ufficio di patrocinante in giudizio* (*Hannover* 1820), p. 148.

(3) Il decreto imperiale francese del 14 dic. 1810. *sur l'exercice de la profession d'avocat*, art. 42 determina: *l'avocat nommé d' office pour défendre un accusé ne pourra refuser son ministère sans faire approuver ses motifs d'excuse ou d'empechement.*

(4) *Boehmer, Exercit ad Pand.* T. 6. *exerc*, 97. Vedi però un'altra opinione in *Gans*. op. cit. p. 187.

getto dell'inquisizione pendente, od alla difesa assunta, o ad altri oggetti (1). Nè il difensore può essere prosciolto dall' obbligo del silenzio, perchè egli sappia anche da altre persone ciò che gli fu confidenzialmente rilevato dall'imputato. Persino allor quando il segreto svelato si riferisca a correi dell' incolpato, il difensore non ha diritto di denunzia (2). Ed eziandio in vista di imminenti delitti, per cui lo stato o persone private corrano pericolo, non può il difensore farsi denunziatore, ma il suo dovere di cittadino lo ecciterà, e la sana sua intelligenza gli insegnerà gli opportuni mezzi a rimuovere l'imminente pericolo (3), e fare accorti gli altri di sua esistenza, senza comparire in giudizio contro l'incolpato (4). Quest' obbligo del silenzio si fa ancor più manifesto, allorquando la legislazione (5) riconosca ella pure, che il difensore è prosciolto dall'obbligo di essere testimonio intorno a quelle cose, relative all' incolpazione del cliente, che egli ha risapute nella sua qualità di difensore (*) (6).

Ma d'altra parte in tutti quei casi, nei quali la fiducia dovuta all' accusato non gli impone speciali doveri, il difensore non dimenticherà mai che egli è cittadino dello Stato, e rimane obbligato a riguardare l'istituto della difesa quale istituzione tendente alla scoperta della più schietta verità, ed alla tutela della giustizia (7), laonde egli non penserà mai di dare all' incolpato consigli di rivocare una confessione, o di una sistema-

(1) Anche in Francia ed in Inghilterra è riconosciuto questo dovere dell'avvocato del più assoluto silenzio. *Bourguignon, Jurisprudence.* Vol. II. p. 81-84. *Hawkins, Pleas of the crown.* Vol. II. p. 602, Ottima dissertazione sul dovere del silenzio vedi in *Hellie, Théorie du Code pénal.* Vol. II. p. 837, ed in *Morin, Journal du droit criminel,* 1844. Fascicolo di Maggio p. 129.

(2) Secondo la legge virtembergh. art. 194, non pare che il difensore sia sciolto dall' obbligo di far testimonianza intorno alle cose che l' imputato gli ha confidate relativamente ai correi. *Holzinger, Commentario,* I p. 610.

(3) Anche nel caso, in cui il difensore risappia, che un innocente fu tratto in inquisizione per crimine, egli deve notificarlo secondo la legge virtemberghese.

(4) Nel più chiaro modo fu prescritto questo dovere del silenzio incondizionato, da una regia ordinanza bavarese del 24 genn. 1845, (V. Annali dell'amministrazione della giustizia in Baviera, Tomo 1. p. 110).

(5) Queste opinioni intorno all'esenzione del difensore dal far testimonianza sono antiche. p. es. si trovano in *Damhouder, Praxis rerum.* cap. 125. N. 19. *Imberti, practic.* lib. 1. cap. 62.

(*) Incondizionata è pure la dispensa dal fare testimonianza accordata dalla legge austriaca del 29 luglio 1853 ai difensori, *rispetto a quelle cose che a loro come tali confidò l'imputato* (§. 113) (G).

(6) Non appena l' interessato stesso ne diede il permesso, il difensore ha facoltà di denunziare. *Morin.* l. c. p. 136.

(7) Già Quintiliano, (instit. orat IV. I.) scrisse: *plurimum ad omnia momenti est in hoc, positum, si vir bonus creditur. Sic enim contingit, ut non studium advocati videatur afferre, sed pœne testis fidem.* V. anche *Blair, Lezioni,* Parte III. p. 18.

tica negativa, eccettuati i casi in cui egli sia persuaso, che la confessione possa rivocarsi come infondata (1): non consiglierà mai all'imputato la fuga (2), nè ve lo aiuterà. Il difensore si guarderà altresì dal compromettere l'onore dell'istituto della difesa, e il suo proprio col meritarsi rimproveri di uomo indecoroso, alle cui asserzioni non si può dar peso alcuno, oppure dal suscitare con declamatorie espressioni, od arbitrarie teoriche giuridiche l'opinione che egli stesso non rispetti le leggi (3).

A torto però si desidera non di rado dal difensore, che non abbia a comunicare nulla all'accusato di ciò che è contenuto negli atti, affinchè non sia mosso per avventura a ritrattare oppure trattenuto dal deporre una confessione (4). Tale esigenza di riservatezza in faccia all'incolpato non è spesso che un effetto di idee imperfette intorno al vero rapporto del difensore coll'incolpato, o di biasimevole misteriosità (5). Il difensore, quale consigliero dell'incolpato, e suo legale rappresentante, non deve avere segreti in faccia a chi a lui si affida, e deve partecipare anzi a lui tutto ciò che negli atti si riscontra. Ei lo deve, perchè altrimenti sarebbe spesso impossibile ribattere i fondamenti dell'impulazione che negli atti si trovano, e sapere, se tutto quello, che esiste negli atti, sia stato anche esattamente riportato a protocollo, e perchè l'incolpato deve essere posto in cognizione di tutto lo stato della cosa, e del

(1) P. es. se il difensore vede, che l'accusato fu indotto a confessare per coazione o minaccia.

(2) Persino quando l'imputato langue in prigione, essendo innocente, il difensore non può secondare l'evasione. Ma nei casi, in cui l'accusato non venga tenuto prigione secondo il diritto, e giusta le consuete forme, come suol accadere p. es. nei tempi di governo militare, ed un eminente dovere riclami il salvamento dell'innocente, il difensore prenderà consiglio da sè medesimo.

(3) Leggendo gran parte delle scritture difensionali che si vanno insinuando, ed al vedere con quale trascuratezza i difensori sostituiscono a sodi argomenti di difesa pochi luoghi comuni, e fioretti di dicitura, oppure vanno aberrando nel campo delle leggi positive, ed inventando teorie nuove, si è quasi costretti a compatire i giudici, che prendono fra mano tali scritture con una certa diffidenza. Tuttavia la principal causa di questo costume è il meccanismo degli affari, che troppo facilmente si ingenera nel processo inquisitorio. Quando debbansi recitare difese in un processo pubblico ed orale, facilmente anche i difensori sono animati da maggior puntiglio, e l'istituto della difesa acquista decoro. Sugli abusi delle difese V. *l'archivio del dir. crim.* Tomo 4 capit. 3 n. 2, Tomo VI p. 136. *Almendigen, Sul processo di difesa,* § 9, nota *h.* L'ordin. crim. pruss. art. 466 è però troppo rigorosa, punendo il difensore per contorcimento, o sofistica interpretazione delle leggi.

(4) *Tittmann, Mann.* III. p. 440.

(5) Vedi il mio articolo nel nuovo Archivio del dir. crim. Vol. III. fasc. 1 n. 8, p. 170.

pericolo in cui versa, onde polersene completamente difendere (1). Non è possibile dimostrare che il difensore debba tacere ad altre persone le notizie che ha rilevate dagli atti, benchè la prudenza consiglierà sovente il silenzio, e le legislazioni (2) proibiscano la pubblicazione della difesa prima che il processo sia stato ultimato con sentenza (3).

§ 16. *Sanzione di questi doveri.*

Il timore che il difensore non abbia per avventura a meno coscienziosamente adempiere i suoi doveri verso lo Stato, dà origine al costume d richiamarlo al pensiero dell'estensione e dell'importanza del suo ministero, e di confermarlo nel sentimento, per avventura oscillante del dover suo, colla voce della religione, mediante a solenne giuramento (4). Pertanto antiche (5), e moderne (6) leggi esigono il giuramento solenne del difensore. Ma quando costituisconsi a difensori avvocati, i quali per la stessa loro vocazione sono tenuti all'osservanza del diritto, non fa d'uopo alcuna speciale prestazione di giuramento (7), la quale non vuolsi omettere invece, ove si tratti di difensori forestieri, od estranei alla scienza del diritto (8). Nella formola del giuramento (9) da proporsi al difen-

(1) Si rifletta però che nel processo pubblico ed orale nulla rimane nascosto all'accusato; perchè sarà altrimenti nel processo tedesco? Si concede pure, che un giureconsulto possa difendersi da sè medesimo, ed in questo caso egli può leggere tutti gli atti. E perchè non deve operarsi egualmente inverso un altro impulato?

(2) P. es. in Baviera per una ordinanza del 21 Giugno 1814 Bollettino del governo p. 1266.

(3) *Henke*, nel *Manuale del dir. crim.* Vol. IV. p. 179 dichiara punibile quel difensore, che partecipi all'imputato il contenuto degli atti. Io non riesco a comprendere su qual ragione si fondi una tale opinione; se la ragione fosse, che, l'imputato, sapendo poche prove sussistere contro di lui, si asterrà dal confessare, non varrebbe, perchè il difensore non è obbligato a fare che il suo cliente confessi.

(4) Questo giuramento si riferisce specialmente alla devozione alla legge ed alla verità. *Almendingen, Processo di difesa.*

(5) Art. 88. CCC. — *Meister, Tratt.* p. 239. — *Tittmann, Man.* III, § 810.

(6) Il *Cod. pen. bav.* II, Art. 145. esige formale giuramento, o ricordo di quello già prestato.

(7) *Tittmann. Man.* III, p. 439.

(8) *Quistorp. Mass.* § 655.

(9) Una ordinanza reale bavarese del 28 Aprile 1814, prescrive la seguente formola di giuramento: *Io giuro innanzi a Dio, che nella difesa di N. imputato di...... adempirò fedelmente e diligentemente i miei doveri verso di lui, e che d'altra parte eviterò ogni illecito artificio nell' abboccamento col medesimo, e che in nessuna maniera nuocerò alla giustizia, ed alla verità.*

sore, conviene però guardarsi dallo spingere il difensore allo spergiuro, oppure dall'obbligarlo ad un modo d'agire contraddittorio alla sua missione, sia col dare una soverchia estensione ai doveri che gli si impongono, sia con esigenze che gli si muovono, poco compatibili col suo dovere verso l'imputato. (*) = Il meglio si è che il giuramento venga ommesso del tutto perchè la formola di esso contiene o cose superflue, o cose che il difensore non può fare. Secondo il *Code* dei Francesi (art. 311) deve il presidente prima dell'aprimento della discussione orale eccitare il difensore a non dir nulla che ripugni alla propria consapevotezza, od al rispetto alle leggi, ed in generale ad esprimersi con decenza e moderazione. Ma tali ordinamenti non contengono in sostanza che un offesa per l'avvocato, intorno al che a ragione afferma Hye, (1) ogni cotale ammonizione essere sconveniente. In Inghilterra non è lecito ammonire nessuno di ciò che si deve presuporre, che egli sarà per osservare. Che se vuolsi prescrivere una ammonizione del presidente, non può farsi meglio in proposito, che seguire l'esempio della legge processuale criminale austriaca (§ 228), la quale ordina che quell'ammonizione sia diretta a tutti gli astanti. E noi vorremmo intralasciata anche qui quella parte dell'ammonizione che è rivolta ai patrocinanti = Mentre le leggi comminano gravi pene a quel difensore, il quale appaja dimentico del suo dovere, e frascurante, oppure ricorra ad illeciti

La formola del giuramento secondo l' ordinanza giudiz. criminale del *Meklemburgo Schwerin*, § 82 (*nuovo arch. del Dir. crim.* Tomo I, § 655) suona: *io giuro, che prenderò a cuore il buon esito e l'opportuna condotta della difesa, difenderó solamente l' innocenza, ed eviterò ogni cosa, che potrebbe far perdere di vista la verità.*

(*) La nuova legge process. pen. aust. del 29 Luglio 1853, ordina che il presidente all'apertura del dibattimento ricordi « che è dovere di chiunque compare » in giudizio, di contenersi col rispetto e colla moderazione dovuti al tribunale; » e che specialmente i patrocinatori delle parti debbono servire soltanto alla » verità ed alla giustizia, che quindi non è loro tolto di far valere entro i » limiti del vero tutto ciò che può servire al patrocinio dei loro clienti, ed in » particolare alla giustificazione o difesa dell' accusato, ma che nulla pos» sono addurre che sia contrario alla migliore loro scienza e coscienza, ed » alla legge. » (§ 228). Giuramento promissorio non si assume all' apertura del dibattimento di nessuno degli intervenuti, e solo si richiama il giuramento già prestato ai testimonii, ed ai periti. (§ 229). Ma benchè le cose contenute nella succitata ammonizione del presidente non siano promissoriamente giurate dai difensori, ciò nondimeno egli è evidente, che se questi le mettono in pratica, non può più dirsi che nella legislazione austriaca il difensore criminale abbia diritto di conformare la sua persuasione al contenuto degli atti unicamente, siccome ha suggerito in generale l'autore nel § precedente. Quelle parole di *scienza e coscienza*, comprendono tutto quello che il difensore ha potuto sapere intorno alla reità del suo difeso da qualsiasi fonte, senza differenza per ciò che eziandio gli atti abbiano attinto o no qualche cosa dalla medesima (G).

(1) Alcune legislazioni esigono persino dal difensore una cauzione. *Meister, Tratt.* p. 244.

mezzi (1), riconoscono altresì l'equa massima, che il difensore venga ricompensato di sue cure, le quali, attesa la necessaria preparazione, esigono sempre molto consumo di tempo; e l'uso del foro (2), e le leggi (3), accordano questa ricompensa, da levarsi dal patrimonio dell'imputato (4), oppure da pagarsi dai parenti di questo, nel caso ch'egli sia povero (5), mentre soltanto nei casi di assoluta povertà sì dell'imputato, che dei suoi congiunti, ella ricade sulle finanze pubbliche (6) (*).

§ 17. *Dell'estensione dell'incombenze del difensore.*

Allorquando la legislazione impone al difensore il dovere di allontanare dall'imputato con ragioni di legge ogni dannosa disposizione giudiziale, le sue incumbenze estendonsi naturalmente come il numero stesso di cotali disposizioni. Ogni qualvolta egli può ripromettersi di allontanare una pregiudizievole conseguenza mediante la sua difesa, avrà materia in cui esercitare l'ufficio suo. Pertanto ove siano ammesse difese contro singoli atti processuali (§ 9), il difensore deve difendere in tutto il corso dell'inquisizione, ogni qualvolta sia a temersi una misura pericolosa da parte dell'inquirente (7). Se al contrario non è ammessa che la difesa finale (§ 6 e 7), l'incombenze del difensore si limitano a far si

(1) *Cod. pen. bav.* art. 144. *Dir. crim. pruss.* § 466. Legge *Meklemburgh.* § 21. 24. *Hermann, Guida all' arte di compilare le scritture di difesa,* p. 20, nuova edizione § 42. *Meister, Tratt.*

(2) *Martin, proc. crim.* § 51.

(3) Nel dir. crim. pruss, nell' appendice lit. E sono determinate con precisione le competenze. *V. il cod. bav.* del 2 settembre 1814, e la Novella del 28 dicembre 1814.

(4) *Dir. crim. pruss.* § 604. *Boehmeri, Med.* ad art. 133. CCC. *Quistorp. Mass.* § 656. *Emerich, sulle spese processuali* II, § 7 e 8.

(5) Art. 47 e 154. CCC. *Dir. crim. pruss. Meister, Tratt.* p. 236. *Bauer, Mass.* § 212; è cosa dubbia se anche pel *cod. pen, bav.* art. 408.

(6) *Cod. pen. bav.* art. 400. *Dir. crim. pruss.* § 616. *Emercih, Sulle spese processuali.* Parte II, § 7. *Tittmann. Man.* Tomo IV. § 808, *Stübel, Proc. crim.* § 2364. ecc. Secondo la legge altemburghese del 1841. § 20 i tribunali hanno la facoltà di proporre una rimunerazione dalla cassa dello stato ai difensori, che si distinguono per difesa robusta, e ben condotta.

(*) Per la nuova legge processuale penale austriaca del 29 luglio 1853 i difensori dei poveri non hanno diritto a percepire dall' erario altro che il rimborso delle spese borsuali che erano necessarie e furono effettivamente sostenute (§ 345). E quando si desse il caso che le competenze del difensore non si potessero esigere da un condannato non patrocinato da un difensore dei poveri, « senza esporre a pericolo i suoi mezzi di sussistenza, ed impedirgli » l'adempimento degli obblighi a lui incombenti di risarcire un danno de- » rivato dall' azione punibile, o di mantenere i suoi attinenti », il difensore andrebbe senza rimunerazione, § 343 (G).

(7) Quante volte ciò sia conceduto, se accordisi la *defensio pro avvertendo special. inquis.* oppure *pro avertenda confrontatione,* ecc. dipende allora solamente dalle esigenze della legislazione positiva.

che l'imputato, se non è colpevole in base allo stato degli atti, non subisca pena, oppure essendo colpevole, non ne subisca una maggiore di quella che si è meritata dalla legge in forza dei risultati dell'inquisizione. Dall'istante, in cui il difensore è costituito, prima ancora che gli atti chiusi siano proposti per la decisione ai giudici decidenti, egli interviene come consigliero dell'imputato, e s'appiglia ad ogni mezzo, che può servire a stornare un immeritato castigo. Pertanto:

A) prima ancora che la sentenza sia pronunziata in prima istanza, egli cercherà al fine dell'inquisizione di guidare la persuasione dei giudici decidenti; *B*) anche dopo che è stata pronunziata la sentenza di prima istanza, egli governerà la persuasione dei giudici superiori, comprovando che il primo giudizio non è giusto, e *C*) se non rimane più alcun mezzo di far revocare la sentenza (1), potrà adoperarsi anche intorno all'esecuzione della sentenza passata in giudicato (2), affinchè accada nel modo meno odioso (2) (*).

A determinare ora la vera sostanza dell'assunto del difensore nella difesa finale, diremo che due riguardi essenziali vogliono esservi presi a calcolo.

1) Il difensore deve curare alla pienezza della prova di discolpa, e quindi far sì, che nessuna circostanza, *a*) che contribuisca a sventare la prova di incolpazione, o *b*) che per la legge escluda totalmente il diritto dell'inflizione della pena, o ne cagioni una attenuazione, venga lasciata senza dilucidazione negli atti. Egli deve adoperarsi per la pienezza degli atti, esaminare la condotta del giudice, fare che si riempiano le lacune che questi ha lasciate, ed additargli le prove di difesa novellamente rilevate, sicchè non troppo presto reputi gli atti maturi a sentenza, e fondi la sua decisione su materiali incompleti. Così egli ovvia alla parzialità del giudice inquirente, provvedendo al complemento degli atti in relazione alla prova di discolpa (3).

2. Quando le circostanze che servono alla discolpa furono consegnate fedelmente negli atti, il difensore deve mettere in colleganza tutte le ragioni

(1) Per verità, quando la sentenza fu confermata dalla corte suprema, rimane ancora la via di grazia al Sovrano, ma, benchè il difensore debba sempre battere questa via, non è però tale una difesa propriamente detta, non potendovisi ricorrere con ragioni di diritto.

(2) In questo senso esprimesi lo *Stübel* nel *Proc. crim.* § 2263. Si dà la difesa 1) durante l'inquisizione, 2) dopo le decisioni criminali, 3.) nell'esecuzioni; ma intorno alla ammissibilità del difensore nell'esecuzione, non si sono dichiarate, in generale le legislazioni.

(*) La difesa durante l' esecuzione delle pene è affatto sconosciuta anche alla nuova legge processuale austriaca del 29 luglio 1853. Il § 330 parla delle domande di grazia al sovrano fatte da condannati degenti nelle case di pena, ma la compilazione, anche scritta della medesima, non la affida ad altri che al condannato stesso. (G.)

(3) Il modo con cui si governa questa attività allo scopo di completare la prova di difesa è diverso, secondo che vige il processo orale o lo scritto.

giuridiche, le quali contribuiscono a rimuovere od attenuare la pena, cercando con ciò di svigorire la prova di imputazione, di sostenere come soddisfacente appieno la vera prova di discolpa, e di connettere opportunamente gli argomenti giuridici favorevoli all' imputato. Questo egli fa colla compilazione di un libello di difesa secondo le regole dell' opportunità, (e nel processo orale un discorso di difesa), destinato ai giudici decidenti, onde renderli edotti di tutte le ragioni che parlano in favore dell'innocenza, o di una reità minore, e prevenire così ogni parzialità dei medesimi (1).

§ 18. *Favore accordato alla difesa.*

Si parlò sovente di un mal inteso zelo di favorire la difesa (*favor defenscinis*) (2), e fu sostenuta la massima, che può bastare anche una prova di difesa condotta senza l'osservanza delle prescrizioni da cui dipende la certezza: che testimonii non giurati, e che depongono solamente su dicerie, o *de credulitate*, od altrimenti sospetti, quand' anche non si avesse il numero legale de' testimonii, sono sufficienti alla difesa. Ma in quanto questo favore dovrebbe sopprimere le consuete regole della prova e della credibilità, egli non può esistere (3). In relazione alla validità, pienezza o deficenza della prova di difesa torna applicabile qui, tutto ciò che può dirsi intorno alla prova di imputazione (4). Non si può parlare di favore accordato alla difesa, se non nel senso, 1. che la presunzione d'innocenza milita costantemente a favore dell' accusato (5): 2. che testimonii di difesa, i quali depongono a favore dell' imputato, quando non abbiano del resto alcun difetto, meritano la preferenza sui testimonii d' imputazione (6) 3., che nel difetto delle formalità prescritte della legge per certe operazioni processuali, un mezzo di prova che

(1) Nel più preciso modo è espresso tal duplice dovere nel *Codice penale bavar*. Parte II. art. art. 147. Vedi anche l' *Ordinanza proc. pen. virtembergh*, § 271.

(2) Vedi su di ciò *de Cramer, De favor. defens. in opusc.*. Tomo IV, p. 191. *W incop, de favor. defens.* art. 1710. *Otto de favor, defens.* Giessen 1718. *Meister, Introd. Quistorp, Massime* II. § 683 p. 204. nota *X. Bauer, Mass.* § 211, *Renazzi Elem. jur. crim.* Tomo III. lib. III. Cap. 16 n. 9 *Danz, Proc. somm.* § 219. *Hermann, Saggio*, p. 5.

(3) *Meister*, l. c. p. 264; specialmente intorno agli antichi maestri v. *Soden, Spirito della legislazione* § 673 nota 7. Vedi *Stübel, Costit. crim.* § 922 *Tittmann, Mass.* § 774.

(4) *Bauer, Mass.* Parte II, art. 336.

(5) V. la mia *Teorica della prova nel Dir. crim.* parte I, § 7. *Globig, Teorica della probabilità*, parte II, p. 199, *Stübel. costit. crim.* § 922. Vedi però *Martin, proc. crim.* § 13. Vedi anche *Bentham, traité des preuves judiciaires* Vol. II. p. 18 ecc.

(6) V. la mia *Teorica della prova*: parte I, § 119. *Stübel, proc. crim.* § 931, *Codice penale bavar.* art. 295 e 340. *Cod. pen. virtembergh.* § 317.

serve alla difesa, merita tuttavia di essere preso in considerazione nel calcolo delle prove a vantaggio dell'imputato (1): 4. che una allegazione di discolpa, che sia stata appena dimostrata probabile è tuttavia efficace per l'imputato (2): 5. che in tutti i casi dubbj debbe sempre essere decisiva l'opinione più favorevole all'imputato (3).

§ 19. *Arte della difesa giudiziaria.*

A) Nozione.

Poichè l'opportuna istituzione della difesa, l'indagine medesima degli argomenti di difesa, esige speciali cognizioni e riguardi, e la distribuzione degli argomenti nella scrittura difensionale vuol pure regole proprie, avvi un'arte della difesa, la quale insegna appunto come devesi nel processo rimuovere dall'imputato un pregiudizio che lo colpisce, oppure (relativamente alla difesa finale) far sì, che egli non sia colpito da alcuna pena, o da una pena più forte di quella che si è realmente meritata (4). Ella insegna I) al difensore il rintracciare in generale argomenti di difesa, e lo fa attento sulle fonti dei medesimi, e sui mezzi di rinvenirli; II) gli indica la maniera opportuna di prepararsi, onde raggiungere nel più pronto e sicuro modo il suo scopo, III) gli addita i rispetti, secondo i quali deve scandagliare la pienezza degli atti, e provvedere alla completa deduzione della prova di discolpa, e IV) e gli dà le regole per la compilazione degli scritti, o dei discorsi di difesa.

§ 20.

B) Fonti.

In quanto nel processo di difesa occorrono determinazioni intorno ai diritti ed ai doveri del difensore, alle singole forme, agli oggetti, ai limiti di sua attività, all'estensione della medesima ecc., sono a riguardsi come fonti leggi, alla osservanza della quali il difensore è tenuto, li diritto comune, e la pratica forese, la quale ha riempiuto anche in questo le lacune delle leggi (5). Ma per ciò che concerne la compilazione delle scritture di difesa, siccome questa si governa secondo le regole dell'opportunità,

(1) Vedi *Stübel, Processo criminale* § 1095. *Codice penale bavarese* art. 337.

(2) Ciò dipende dal non darsi nel proc. crim. vere eccezioni nel senso del dir. civ, sicchè l'assalto diretto contro l'imputato è vinto dalla sola probabilità dei fatti di discolpa.

(3) L. 112. D. *de pœnis.* — l. 9. 168. D. *de regulis juris.* — l. 10. D. *de reb. dub.*

(4) *Zachariæ* nell'*appendice al dir. crim. filos.* p. 87. V. quivi eziandio le ulteriori partizioni dell'arte della difesa.

(5) Moderne legislazioni contengono norme intorno ai doveri, alle attribuzioni, alla scelta dei difensori, ecc.

nè assume una forma costante ed immutabile, così le leggi non possono nulla determinare intorno alla medesima, ed ogni lor norma in questo proposito (1) non è a risguardarsi che un cenno o rimando alle regole generali.

§ 21.

C) **Cognizioni sussidiarie.** (*)

Il còmpito del difensore, di mostrare, che secondo la legge l'imputato non meriti pena, o soltanto ne meriti una tenue, vuol essere adempiuto così per la sostanza e per le ragioni da lui prodotte, come per la forma e l'esposizione. La sostanza non gli è data che dalla conoscenza delle condizioni, sotto le quali è applicabile una pena, al che conduce lo studio del diritto e del processo criminale, e segnatamente lo studio delle idee generali di *dolo*, *colpa*, *esecuzione*, *autore*, *complici* ecc. Il difensore dovrà conoscere pure il contenuto oggettivo di tutti i delitti in generale, ed in particolare quello di ogni singolo delitto, i riguardi ed i motivi dell'inflizione della pena sancita dalla legislazione, le formalità prescritte pel giudice criminale, le determinazioni intorno ai singoli mezzi di prova ecc. (2). Sommamente giovevole sarà pel difensore la *psicologia*; dessa rivela i differenti stati dell'animo ed i suoi fenomeni, e nelle ricerche intorno alle malattie dell' animo, alle passioni e simili, insegna al difensore, se l'inquisizione relativa sia stata debitamente condotta, e quale influenza giuridica abbia un certo fatto sulla assenza, o sullo scemamento dell' imputazione (3). Anche la medicina giudiziaria deve

(1) Per es. nel dir. crim. pruss. § 465. V. anche *Globig, Sistema del proc. giudiz.* p. 236.

(*) Nulla diciamo qui degli studj generali, che il difensore, debbe avere preventivamente fatti. Così non abbiamo annoverato la logica, perchè ad ognuno corre debito di pensar rettamente.

(2) Le opere intorno al dir. ed al proc. crim. non hanno attinenza a questo oggetto. Raccomandiamo ai difensori l'opera di *Boehmer, Manuale della letteratura del dir. crim.* Gottinga. 1816.

(3) V. qui le opere relative: di *Feder. Ricerche sulla volontà umana.* 4. Parti. Gottinga 1785. *Maas, Sulle passioni.* I. parte Halla 1805. II. parte 1807. *Maas, Saggio sui sentimenti, ed in ispecie sulle passioni.* II. parti. Halle 1811. *Hofbaner, Psicologia nelle sue principali applicazioni alla giustizia penale.* Halle 1808. *Stelzer, Sulla volontà, ricerca psicol. Lipsia,* 1817. *Weber, Manuale dell' antropologia psicologica.* Tubinga, 1828. *Friedreich. Sistema della psicologia giudiziaria,* Ratisbona, 1842. E segnatamente sono qui a ricordarsi le moderne ricerche intorno alle malattie mentali. *Platner, Ricerche su alcuni punti principali della medicina giudiziaria,* Lipsia, 1820. *Beneke, Suppl. ad una trattazione puramente scientifica della scienza delle malattie dello spirito,* Lipsia 1824. *Heinroth, Tratt. degli sconcerti della vita spirituale.* Lipsia 1818. *Heinroth, Sistema della medicina psichico-giudiziale* Lipsia, 1825. Vedi

essere conosciuta al difensore, onde possa comprendere ed apprezzare i pareri dei medici (1), evitando molte dubbiezze e la necessità di interrogarne altri (2), come pure decidere se il parere dei medici corrisponda all'attuale stato delle ricerche scientifiche. Non di rado lo studio della medicina giudiziaria pone il difensore in istato di rendere attento il giudice della deficienza od infondatezza dei pareri dei medici (3), di proporre opportune interrogazioni ai periti (4), o di suggerirne la posizione, contribuendo perciò al completamento delle inquisizioni nel riguardo scientifico, a vantaggio della difesa (5), ed addimostrando come il parere dei medici riposi sovra erronei fondamenti (6), come essi procedettero senza osservanza delle formalità, e senza cognizione dei pro-

altre notizie letterarie nella mia, *Diss. de alienat. mentis, qualenus ad jus crim.* Heindelberg. 1825. Vedi il mio tratt. *de principio imputat. alienat. mentis.* Heidelberg, 1828. *Georget, Discuss. med. sur la folie, ou aliénation mentale,* Paris, 1826. *Guislain, Sur l'alienation mentale.* II vol Amsterdam, 1826. *Médecine légale relative aux aliénes ed aux scurds-muets par Hofbauer, traduit par Chambeyron, avec notes par Esquirol et Itard.* Paris 1827, e le opere citate nella mia edizione *del Tratt. di Feuerbach* § 90. agg. dd. = Delle più recenti opere sulla psicologia giudiziaria sono a raccomandarsi specialmente, *Friedreich, Sistema della psicologia giudiziaria,* Ratisbona, 1852. *Spielman, Diagnostica delle malattie dell'anima.* Vienna 1855: *Ideler, Tratt. di psicologia giudiziaria.* Berlino 1857. =

(1) V. la letteratura relativa in *Brunner, Letteratura della scienza del diritto criminale.* p. 108-117. *Feuerbach, Trattato.* § 6, nota *g.* Sono molto utili sussidii anche le opere, *di Dévergie, traité de médécine légale.* Paris. 1844. III. vol, *Siebenhaar, tratt. enciclop. di tutta la medicina giudiz.* Lipsia 1840, *Friedreich, Manuale della medicina giudiziaria prat.* Ratisb. 1843. = *Siebold, Tratt. di medicina giudiz.* Erlangen, 1855. *Kahmer, Man. della medicina giudiz.* Berlino 1857, Halle 1851 *Bœeker, Tratt. di medicina giudiziaria* Berlino 1857. *Casper, Man. della medicina giudiz.* Berlino 1857. Assai commendevole è un'opera composta da un giureconsulto, e da un distinto medico, e comparsa in america sotto il titolo di *A treatisi on medical jurisprudence, by Wharton and Stille, Philadelphia* 1855. Due assai buone opere sono comparse di recente in Italia. *Gandolfi, fondamenti di medicina forense analitica.* Modena 1852. *Freschi, Manuale di medicina legale.* Milano 1855, III vol. = Alle quali due si aggiunge l'opera ancor più recente del Dr. *Alessandro Tassani, Guida medico legale basata sulle leggi penali vigenti nell' Impero Austriaco,* Milano 1857.

(2) Quanto importi sovente al relatore ed al giudice l'avere cognizioni mediche, lo insegnano gli esempii riportati nelle, *sentenze e decisioni di Meister, Francof.* 1808, per es. nei num. XI, XII, XIII.

(3) Ciò sarà di rilevanza per es. nell'infanticidio. Vedi i miei articoli nel nuovo archivio del *dir. crim.* Tomo VII. Num. 1. 12. 18. 23. e *Gans, Del crimine d' infanticidio* p. 225-269.

(4) P. es. in relazione alla mortalità delle lesioni corporali.

(5) Per es. quando trattisi di decidere se accadde omicidio, o suicidio.

(6) Quanti errori si credono tuttavia in riguardo alla prova docimastica!

gressi della scienza, (1) oppure derivarono dalle fatte osservazioni conclusioni infondate, e combattute da recenti esperienze (2). Grande utilità, e perizia nel decidere, e nel prontamente afferrare il vero punto di vista, presta la lettura, e lo studio degli atti e dei casi criminali ben trattati. (3). È da raccomandarsi altresi al difensore lo studio di scritture difensionali bene elaborate. 6). Giovevole riesce lo studio *a*) dell' eloquenza in generale (4), e *b*) della giudiziaria in particolare (5), e *c*) la lettura di orazioni ben condotte di cui hanno lodevoli modelli

(1) P. es. nell' assunzione della prova dell' arsenico.

(2) P. es. dal galleggiare nell' acqua dei polmoni di un neonato. =

(3) *Mittermaier, sulle condizioni ed efficienza dei periti nel processo penale,* Genova 1854.

(4) Vedi le antiche raccolte di casi nella letteratura di *Brunner*, p. 158, *i ragguardevoli casi criminali di Feurbach.* Giessen, I. Vol. 1808. II, Tomo 1811, la *esposizione di ragguardevoli casi criminali desunto dagli atti* del medesimo. *Giessen.* 1828. *Meister, Decisioni e pareri in casi penali e di altra natura.* Francoforte 1808. V. un esempio di coscienziosa ed acuta decisione *nella raccolta dei pareri giuridici, e delle decisioni di Heidelberga di Martin. Heidelberg,* 1808. *Schirach, Casi di diritto criminale.* Altona 1815. *Tittmann, Proposte e decisioni intorno ad importanti casi criminali.* Lipsia 1818. *Pfister, ragguardevoli casi criminali, con particolare riguardo alla condotta dell' inquisizione,* 3 Tomi, 1817-1820, e parecchi casi di diritto nel nuovo archivio del diritto criminale num. 1. *Causes célebres et interessantes, recueillies par Gayot de Pitaval.* 1738. *Redigées par Richer.* 1772. 22 vol. *Méjan, recueil descauses célebres.* Paris, Tomo XXI. Molto raccomandiamo al difensore lo studio dei casi di diritto nel giornale di *Hitzig* per l'amministrazione della giustizia penale negli stati prussiani. *Berlino.* 1826. XXXI. fasc, e gli *annali di Hitzig,* della giustizia penale negli stati germanici ed all' estero, continuati da *Deme, Altemburgo,* (annualmente 12 fasc). Del pari istruttiva è la *Gazzelle des Tribunaux,* che compare giornalmente in Parigi dal 1820, e l' altra gazzetta destinata alla riproduzione delle trattazioni giudiziarie, *Le Droit, on bulletin des tribunaux,* che si pubblica in Parigi dal 1826. = Nè si possono qui dimenticare le belle esposizioni di casi penali che si pubblicano dalla *Gazzetta dei Tribunali* di Milano, dall' *Eco dei Tribunali* di Venezia dalla *Gazzetta dei tribunali* di Genova e dalla *Gazzetta dei Giuristi di* Torino. =

(5) Vedi la rettorica d' Aristotile, lib. III, e la *Rhetorica ad Alexandrum di un oratore greco.* L' opera romana. *Rhetorica ad Herennium.* Lib. IV, *Cicero de oratore, de inventione-Quinctit, de istitut. oratoria.* Lib. XII. Le edizioni di quest' opere sono conosciute. *G. Vossii, Commentar. rhetoric. sive orator institut.* Lugd. Bat. 1643. *Ernesti: Initia rhetoric.* Lipsia, 1750. *I. G. Sulzer, Teorica universale delle belle arti in ordine alfabetico,* Lipsia 1771, colle aggiunte di *Blankenburg,* Lipsia, 1794. Tomo 4. E perciò che riguarda soltanto l'eloquenza, vedi la *teorica e pratica dell' eloquenza di Sulzer,* edita da *Kirhmaier,* Monaco, 1786. *Maas, Abbozzo della rettorica generale e speciale.* Halle 1798. *Eschenburg, Schizzo d'una teorica e letteratura dell' arte del dire,* Berlino e Stettino, 1805.

Italiani, (1) Francesi (2) ed Inglesi (3). = Non mai riuscirà il difensore la ribattere le asserzioni dei pro curatori di stato spesso parziali e nascenti da trascurato studio dei progressi della scienza, ed i pareri emessi in tuono categorico da medici altieri i quali vorrebbero spesso che i loro pronunziati si accettassero come oracoli, se egli non sia bene addentro nella cognizione dei progressi delle *psichiatria*, e della medicina giudiziaria, e del vero ufficio dei periti nel processo penale. (4). =

(1) *Collini, Orazioni civili e criminali,* V. vol. Firenze, 1824, (con molte scritture di difesa). *Giuliani, Orazioni criminali,* Loreto 841. *Carmignani Cause celebri discuses.* Pisa 1843. A queste raccolte fa seguito l'altra assai copiosa delle *Cause celebri civili, criminali e mercantili, discusse* dal 1806 in *poi davanti ai primi tribunali d'Italia* che si va pubblicando in Prato.

(2) Gli oratori greci nei: *Orator. grecor. monument. edit. Réiske,* XII, vol. Lips. 1770. *Le orazioni di Cicerone* nelle edizioni delle sue opere. *Knotscher, de M. T. Cicerone in defendendis reis imitando.* Lips. 1799. Delle orazioni francesi, molte in *Pitaval, causes célebres,* più recenti in *Méjan, causes célebres* e fra gli altri segnatamente anche i *Playdoyers de l' avocat Dumesnil.* Paris 1844. *Plaidoyers de Simon Marion.* Paris. 1629. *Plaidoyers, de Gillet.* Paris 1696. *Plaidoyers de Corberon,* Paris. 1693. *Les œuvres de Cochin, contenant ses play doyers ecc.* Paris, 1751. Nuova edizione, Paris, 1818. *Plaidoyers par L. D. M.* (*Loyseau de Mauleon*) Paris 1762. *Mémoires et plaidoyers par Linguet.* Amst. 1773. *Ouvres du chancelier d'Agnessau, contenant ses discours, mercuriales, plidoyers.* Paris, 1759-1789, 13 vol. Nuova ediz. Paris, 1818, ed alcuni dei suoi discorsi tradotti da *Weber,* Sulzback. 1816. *Plaidoyers et arrêts des la Cour de parlement du Dauphiné par Buset.* Grenoble, 1668. *Discours pubies et éloges par Guyton de Morceau,* Paris, 1778. Vedi anche *Oeuvres choisies de le Maitre,* Paris, 1807. In particolare *Annales de l' éloquence judiciaire, on recueil des playdoyres, memoires. et consultations dans les causes les plus célebres.* Paris, 1818. 12, cahiers. *Le barreau francais ou choix des playdoyers et mémoires depuis Lemaires et Patru,* III. vol. 1826. *Annales du burreau moderne,* XII. vol. 1826. E le sopra citate gazzette, (pag. 63. *n.* 8).

(3) *Lynker. instit. eloquentiæ forentis,* (citato nella *Lipenii Bibliotecha,* senza luogo nè anno di pubblicazione. *A. C. Boucher d'Argis, regles pour former un avocat,* Paris, 1777. *H. Blair. Lectures, Lect.* XXVI. *Principes pour la lecture des orateurs,* l. c. ch. III, Sect. 3, *de l'éloquence du burreau. I. S. Maury, principes de l' éloquence pour le chair et le barreau.* Nouv. Edit. Paris, 1804. *trad. in Inglese con note di N. Lake,* Londra 1793. *C. S. Zachariæ, Guida all' eloquenza forense.* Heidelberg, 1810. Un sapiente trattato intorno alla *défense des accusés* trovasi nella nuova edizione *di Camus. lettres sur la profession d' avocat di Dupin.* Tom. 1, p. 133. Assai commendevole è *Delamalle, Essai d' institutions oratoires à l' usage de ceux qui se destinent au barreau.* Paris, 1816, II, vol. Vedi anche *Malinkrodt, dell' eloquenza in generale, e di quella ecclesiastica, pubblica, e giudiziaria in particolar,* Schwelm, 1821. = *Wolf, tratt. dell' eloquenza giudiziaria.* Jena, 1850. L'autore *Mittermaier* in una memoria inserita nel Giornale per le scienze politico legali. (Vol. II, p. 129-181) *sulla missione del patrocinante nella pubblica difesa,* ha tentato di esporre lo stato dell' eloquenza giudiziale. nei diversi paesi. =

(4) La storia dell'eloquenza inglese trovasi esposta segnatamente da *D. H. Hagevisch, Storia dell' eloquenza parlamentare inglese,* Altona 1804. L'opera contiene eziandio eccellenti osservazioni sull' eloquenza giudiziaria,

§ 22.

D) Letteratura.

Il favore accordato dall'uso del foro alle difese produsse di buon' ora parecchie opere, destinate a servir loro di guida, ma in realtà non contenenti che materiali pel difensore, e spesso l' intiero processo crimiale, e nelle quali consigliavasi non di rado a far gran conto di frivolezze (1). Soltanto in tempi a noi vicini si sentì il bisogno di una difesa corrispondente al carattere del processo penale, ed alle regole dell' opportunità, e quindi comparvero buoni ammaestramenti intorno alla difesa, od in opere speciali (2), o nei manuali

p. es. p. 85-90, dove l'autore parla dell' energica orazione di difesa, recitata da *Strafford*, accusato di alto tradimento. *Hagevisch* ne fa nota eziandio l' esistenza di un'opera di *Hume sull' eloquenza*. Trattati inglesi sono: *John Wards, System of oratory delivyred in a course of lectures read at gretham College*, II. vol. Londra, 1759. *I. Lawson Lectures concerning oratory*. Dublin, 1759, ted. Zurigo, 1777. *J. Ogilvie Philosophical and critical observations on the nature, characters and various species of composition*, II. vol. Lond, 1774. *G. Campbell, Philos, of rhetoric*, II. Vol. Lond., 1776. *Ios. Priestley a course of lectures on oratory and criticum*. London, 177. Ted. per cura di *Eschenburg*. Lipsia, 1779. *John Walker, Elements of elocution being a substance, of a course of lectures in the art of reading*, II, Londra. 1782. *Thom Sheridan, A course of lectures on elocution together with two dissertations*. Londra 1781. Trad. ted. per cura di R. C. *Löbel*, Lipsia 1793, 2 Vol. *Hugo Blair, Lectures on rhetoric and belles lettres* II. Vol. Londra 1783, III. Vol. Basil. 1788. Trad. ted. per cura di *K. G. Schreiber*, Lipsia 1785. IV. Vol. In francese *Lecons de rhetorique et de belles lettres* IV. Vol. Paris 1808. Eccellenti esempii di discorsi giudiziarii contiene: *Thom Erskine* 1) *Speechs when at the bar on miscellaneaus subjects*. Londra 1812. 2) *Speeches on the subject connected vith the liberty of the prest and against constructive treasons, collected by James Ridgway*. IV vol. Londra 1813, e nei *state trials*.

(1) Qui devonsi citare: *I. Novelli, tract. aureus defens. omnium reor. adversus quascunque accusationes, et inquisit. in tract.* vol. XI. p. — V. in generale *Tractat. varior. in materia defens, tam contra vim corpori, bonis cet. illatam, quam adversus quascunque accusationes*. Colon. 1867. — *A. Bossius, De defens. reorum, et de defens. impugn. in practica ejus*. — *S. Quazzin, Ad defensam carceratorum reorum*. Tom. II. *Venet.* 163. *S. Bonrici, captivus S. Enchir. defens.* Leovard. 1644. *S. Albin, delinquens defens. Erfurt.* 1698. — *Tob. Granz. defensio reorum*. Lipsia 1702 *edit.* 2.ª Francof. 1718 — *I. Falkner, Meditat. ad defens. forens.* Lips. 1738. — *C. Heil, Judex et defensor in processu inquisit.* Lips. 1717. S. D. *Thoeniker, advocatus prudens in foro criminali, sive succincta institutio advocati*. Lipsia, 1703.

(2) *S. Koch, Guida alla compilaz. delle scritture di difesa per via di esempii*, Giessen 1773. 2.ª ediz. 1779. — *Okhart, Istruzione intorno allo scrivere difese*. Lips. 1780. *A. P. Valli, Della difesa dei rei nel processo criminale*. Venezia 1785. — *E. St. Römer, Guida alle scritture di prova degli avvocati della Sassonia elettorale*. Lips. 1786. — *I. F. Hermann, Saggio di una det-*

o trattati del processo criminale (1). Altri dettati contengono osservazioni intorno a singole parti della difesa; (2) altri ancora porgono modelli di scritture difensionali. (3).

tagliata guida alla compilazione delle scritture di difesa. Dresda, 1786; nuova edizione. Grimma 1826 — *A. Wolters, Una parola sulle difese,* Amburgo 1803. *Guida completa alla buona compilazione formale delle scritture di difesa per gli accusati* 2. Vol. Lipsia 1801. — *Zachariæ, Abbozzo dell' universale arte della difesa, come appendice al dir. crim. filosof.* Lipsia 1803. — *Saggio di una guida alla compilazione di acconce relazioni e difese pei giureconsulti principianti, con esempli.* Lipsia. (Senza data dell'anno). — *Gerstäcker, Insegn. intorno all' opportuna compilazione delle scritture giudiziali di difesa, con esempii.* Lipsia, 1822, 2 Parti.— *Marschner, Guida alla difesadegli imputati in cose penali.* Dresda 1828. *Bauer, Guida alla pratica criminale.* § 83-82.

(1) *V. Paoletti, Istruzioni per compilare i processi criminali.* Firenze 1791, N. XIV. — *Cremani, De jure criminali.* Vol. III, lib. III, cap. 29. — *Renazzi, elem. jur. crim.* Tom. III, lib. III, cap. 17. = *Danz, principii del proc. somm.* § 218-223. — *Meister, Tratt. diffuso del proc. pen.* 1. Parte p. 221. — *Selchow, Tratt.* § 638. *Grollmann, Principii della scienza del dir. crim.* § 306 ecc. *Feuerbach, tratt.* § 611. — *Bauer, Principii.* Tomo IV, § 774, e segg.; nuova ediz. § 806-14. — *Il mio man. del proc. pen.* in due parti. Tit. VII, p. 208, il mio *proc. pen.* 11. § 150. — *Martin, Trattato del proc. crim.* § 80 e 81. — *Henke, Esposizione del proc. giudiz. in cause penali,* § 168. — *Henke, Man. del dir. crim.* IV. § 109. *Müller Tratt.* § 164. — *Zachariæ abbozzo del proc. com. crim. ted.* p. 168.

(2) Così per es. *Geisler de defens. in crimin.* Lipsia 1678 — *A. de Leyser; de odio defens.* in Med. ad P. Spec. 362. — *I. L. Cramer, de favore defension. et irrationab. consuetud. defensor. exclusiv, in opusc.* tomo IV, p. 191. — *Willenberg, de avvocato inquisito non denegando.* Codan. 1720. — *P. I. Sahler, de necessitate defensor.* Strasburgo, 1766 — *S. Schorch, de eo quod honestum, justum et decorum est circa defens.* Erfurt. 1738. — *Hilliger, de termino fatal. defens.* Lips. 1718. — *Meier, de defens. pro avertenda inquir.* Lipsia 1738. — *Kleinschrod, di alcuni più gravi difetti delle scritture di difesa,* nell'arch. Tomo I cap. 2 n. 2. — *Klein, del colloquio del difensore,* nell'arch. Tomo II, cap. 3 n. 7. — *E. Turin, sposiz. della difesa nel dir. pen.* T. I, Chemnitz. 1807 (contiene una argomentazione filos. intorno alla necessità della difesa). *Hurlebusch, mater. per la legisl. civ. e crim.* fasc. 2, n. XIX.

(3) *Erschel, Scritture di difesa.* Marburgo 1679. — *I. Bremen, Scritture di difesa* ecc. 2, parti, Altenburgo 1734-38. — *Kirchhof, Trattato intorno agli avvocati, ed ai loro doveri* — con aggiunta di scritture di difesa, 4 parti. Bützow. 1765-1770 *I. Seyfart, Raccolta di alcune scritture di difesa,* 2 parti. Lipsia 1802. *Kuppermann, Collezione di scelte scritture di difesa,* 1 parte. Lipsia 1806. — V. alcune scritture anche negli elaborati pratico-giuridici *di Paalzow e Stengel,* 1799 Tomo 1, VI, Soltanto alcune delle difese contenute nelle due ultime opere si possono dire modelli. — V. anche una interessante difesa nei lavori di *dir. crim.* d *Büttner,* Augusta 1806, parecchie buone difese nell'insegnamento di *Gerstäcker,* nella Gazz. di Hitzig e due difese di donne infanticide in *Gans, Del crimine dell'infanticidio,* p. 297-482. — V. anche le scritture di difesa sparse nella *Guida di Hermann,* ed in particolare, *Meier, esempli desunti dalla pratica criminale, specialmente dal punto di vista della difesa.* Gött. 1843. = buoni esempii di difese ci porgono gli avvocati italiani, stampate nei giornali legali citati a nota n. 12 del § 21.

SEZIONE II.

DEGLI ARGOMENTI DI DIFESA, DELLE LORO FONTI, E DEI MEZZI DI ERUIRLI

§ 23. *Dell' indole degli argomenti di difesa in generale.*

Poichè lo scopo della difesa giudiziaria finale consiste, nello stornare con ragioni guridiche una sfavorevole sentenza dall'imputato di crimine o di delitto, nel far sì, che l' innocente non subisca una pena che non abbia meritata, la fonte delle ragioni della difesa non isgorga pel difensore se non dal considerare, sotto quali condizioni in generale possa applicarsi in conformità alle leggi un mal penale. — Il confronto di queste condizioni (1) dell' applicazione della pena: 1. coi caratteri del fatto, che diede occasione all' incamminata inquisizione e difesa: 2. colla qualità dell' agente: 3. col pronunciato della legge: e 4. col processo attuale, gli porrà dinanzi la fonte principale degli argomenti di difesa, imperocchè la mancanza di ognuna di esse impedisce la totalità della punizione, ed è quindi mezzo di rimuovere in tutto od in parte la pena, secondo che la condizione mancante *a*) è di tal natura, che la sua assenza escluda la pena, oppurre *b*) è di tal sorta, che almeno non possa applicarsi quella pena, che l' accusatore propose, o che, secondo l'indirizzo preso dall' inquisizione, parrebbe sovrastare all' imputato (2). Stante il carattere delle legislazioni attuali, le quali danno al giudice un assai libero campo, e quindi il diritto di scegliere fra un minimo, ed un massimo di pena, spesse volte assai lontani, la difesa ottiene un estensione dapprima sconosciuta, mentre il difensore deve curare, affinchè l'arbitrato del giudice, (pur troppo spesse volte affine all' arbitrio, ed applicato senza chiarezza di norme) abbiasi i necessarii materiali, e degna-

(1) *Zachariæ, Arte della difesa*, p. 89. — *Grollman, Principii della scienza del diritto criminale.* § 506.

(2) In questo riguardo si fa manifesta la sfavorevole condizione del difensore tedesco, il quale spesso non può indovinare qual giuridico punto di vista il giudice abbia preso per base, e quale prenderà il relatore e il tribunale.

mente apprezzi tutte le circostanze che stanno nell'interesse dell'imputato, onde non riporre ne'fatti soverchia efficacia di elevare la pena (1), o per lo meno non ponderarne debitamente i caratteri nella loro virtù attenuante la pena (2). Poichè la difesa è destinata a persuadere i giudici che devono sentenziare, non potere avverarsi pena alcuna, o non la pena ordinaria, saranno altresì validi argomenti di difesa quelli soltanto, i quali posso giuridicamente muovere il giudice. Perchè ciò accada, fa d'uopo, che, gli argomenti siano: 1. giuridici (3): 2. dichiarati validi dalle legislazioni positive: (4) 3, fondati e provati negli atti dell'inquisizione, ai quali i giudici sono vincolati. Ogni argomento positivamente giuridico, risiedente negli atti, che provi la mancanza di una condizione richiesta dalla legge alla piena commissurazione della pena, e conduca all'esclusione, od all'attenuazione della medesima, è argomento di difesa, a cui il difensore può e deve richiamarsi (5). Una completa enumerazione di tutti gli argomenti di difesa è impossibile, ma un additamento delle principali fonti, dai quali si possono desumere, non sarà forse per tornare superflua.

§ 24. *Derivazione degli argomenti di difesa dalle condizioni dell'applicazione della pena.*

I riguardi generali e speciali dell'applicazione della pena, che si riferiscono alle condizioni dell'applicazione delle pene in generale, o di una certa pena in particolare, additano ottimamente al difensore i punti di vista intorno a cui può raggirarsi la sua difesa. E tali sono:

1. Le persone componenti il giudizio che trattò il processo, ed in cui fu esaminato il fatto da difendersi, debbono avere avuto la capacità e le necessarie qualità, per incamminare o condurre quel processo, ed il giudizio deve essere stato il competente. 2. Deve sussistere un fatto, che secondo le leggi vigenti nel paese può essere ancora attualmente punito come crimine o come delitto. 3. Questo fatto deve portare in sè i caratteri generali di un crimine *a)* nel senso oggettivo, *b)* nel senso soggettivo. 4. Il fatto deve avere tutti i caratteri del crimine speciale voluti dalla legge penale applicabile nel singolo caso. 5. Deve esservi piena certezza giuridica dell'esistenza di tutti questi caratteri, e dell'autore da punirsi come tale 6. All'avverarsi della *intiera* pena stanziata per un certo crimine (6) fa mestieri che il delinquente abbia preso

(1) Per esempio a cagione di mala riputazione.

(2) Per esempio in caso di seduzione.

(3) Di qui segue, non essere argomenti di difesa quelli meramente morali e politici.

(4) Non basta quindi, che una certa teorica giuridica citi un motivo di mitigazione, o che altre legislazioni lo ammettano. Il motivo deve essere espresso nella legislazione nazionale vigente.

(5) *Gerstaecker, Insegnamento.* 1 parte p. 41. — *Bauer, Guida* p. 34-39.

(6) Non è detto, che anche l'attentato non abbia l'ordinaria sua pena (v. su di ciò le osservazioni al codice penale bavarese Tomo 1 p. 121).

parte come autore con reo intendimento al crimine compiutosi 7. È necessaria all'applicazione della pena comminata ad un crimine l'assenza di tutte quelle circostanze, le quali secondo la legge producono attenuazione di pena (1).

L'indagine di tutti questi rispetti, e di tutte queste condizioni, ed il paragone loro con tutti i lati del singolo caso agevolerà al difensore la scoperta di ogni mancanza, ed il conseguimento di argomenti di difesa.

§ 25.

1. Argomenti di difesa derivati dai requisiti della procedura in generale.

Dipendendo la cognizione e la condotta di un processo penale, (*) 1. dall' avere il giudice inquirente giurisdizione criminale: 2. dal possedere il medesimo quella necessaria imparzialità, che è fondamento alla pubblica confidenza nelle leggi: 3. dall' essere desso il foro competente nel caso particolare: 4. dall' essere in generale permessa in legge una inquisizione d' ufficio: e 5. dall' essere il giudizio costituito nel modo prescritto della legge, — l' assenza di una qualunque di queste condizioni fornirà eziandio argomento di difesa. Ciò accadrà propriamente *ad* 1), nel caso in cui un giudizio civile (2) abbia condotto un processo penale, *ad* 2) quando nella persona del giudice vi siano motivi di esclusione o di ricusa, (3) *ad* 3) quando possa *a*) dimostrarsi che un altro giudizio ha già fondato diritto di prevenzione, o *b*) che il giudizio

ma gli è però certo che la pena prescritta dalle legge per un certo crimine, per esempio quella di morte, non si applica se non quando il reo è l' autore, il crimine fu consumato, e la legge nella determinazione della pena totale tien conto di queste supposizioni. Se pertanto il difensore può mostrare, che, per esempio, l'imputato non fu che un ausiliario, la pena totale non può applicarsi, e la difesa ne riceve un proprio punto di vista. = Nei casi d'accusa per attentato il difensore deve sempre partire da questo principio, che l'attentato di un crimine non è punibile se non in quanto la legge penale da applicarsi pronuncia, che l' attentato deve essere punito. È quindi un argomento di difesa il poter mostrare: 1) che secondo la legge non è punibile l'attentato del crimine, a cui si riferisce l'accusa; oppure, 2) che l'azione di che si tratta non presenta i legali requisiti d'un attentato, per esempio che non vi ha in essa principio d'esecuzione, oppure 3) che l'attentato fu eseguito con mezzi inidonei, come se si fosse somministrato zucchero per veleno, e non è punibile per conseguenza: 4) che l'agente si astenne per pentimento dalla rea intrapresa. =

(1) La prova, che l'imputato agì nella passione esclude in alcuni crimini la pena ordinaria. — Ogni motivo di mitigazione però fornisce argomento di difesa.

(*) Conf. anche il *Saggio di Hiermann*, §. 21.

(2) Per esempio un giudizio patrimoniale in un paese, nel quale la giurisdizione patrimoniale venne soppressa.

(3) *Cod. Bavar. e Art.* 33. — *Seuffert, del diritto dell' accusato penale di escludere il giudice.* Norimberga, 1787. — Il mio *proc. pen. nei trib. ted* 1. p. 30.

non è quello destinato alle inquisizioni penali, (1) o *c*) che si verifichi la competenze di un foro straordinario, (2) *ad* 4) se è il caso di un delitto per cui la legge comanda al giudice di attendere apposita denunzia od azione di certe persone (3), e ciononondimeno il giudice intervenne d'ufficio, oppure se può dimostrarsi, che non agirono in giudizio le persone veramente autorizzate dalla legge, *ad* 5) se in un atto del tribunale può indicarsi il difetto delle persone prestabilite a rappresentarlo (4), ed in ispecie l'attuario o non venne fatto giurare, o fu fatto giurare troppo tardi (5), o non venne assunto il necessario numero di assistenti giudiziali (6).

§ 26 = II. *Argomenti di difesa derivati dalle condizioni generali di ogni punizione in un determinato paese.*

Siccome nella punizione d'ogni delitto decidono soltanto le leggi del paese nel quale il processo viene condotto, così è condizione essenziale dell'applicazione della pena, che secondo la legislazione positiva del paese la singola azione da punirsi sottostia alle leggi penali vigenti, come crimine, o come delitto, e possa ancora attualmente essere punita. I riguardi che si riferiscono a questa condizione porgeranno motivi di difesa: possa ove mostrarsi *a*) che un certo fatto non cade per le leggi del paese sotto alcuna misura penale, (7) *b*): che l'azione soggiace per l'espresso disposto della legge solamente ad un castigo di polizia (8): *c*) che la disposizione emanata per certe azioni è già estinta, nè più è invigore (9): *d*) che per lo espresso tenore della legge e lo

(1) In *Baviera* per esempio, quando non sia il *forum delicti*. — Cod. Bavar. art. 22. — V. anche il Regol. crim. pruss. p. 77.

(2) V. Codice bavar. art. 27 c. 28.

(3) Solitamente nell' adulterio, nel ratto, nel furto. Cod. bavar. art. 228 373, 401. — Legisl. gener. pruss. Parte II tit. 20 §. 1137 §. 1133 ecc. Vedi il mio proc. pen. Parte I, P 32.

(4) Cod. bavar. art. 37 e 38. Dir. crim. pruss. P. 34. Evidentemente i motivi qui enumerati contengono anche argomenti di difesa: essi mostrano, che la inquisizione fin qui condotta non può sussistere, e che per conseguenza non può su di lei fondarsi una pena. Se una nuova inquisizione avrà luogo, potrà bensì più tardi sentenziarsi una pena, ma attualmente dessa è esclusa; laonde questi motivi sono da paragonarsi alle *exceptiones dilatoriæ* nel processo civile.

(5) Art. 5, 181, 189. CCC. *Meister, Introd.* p. 95. — Vedi però il mio processo penale, I p. 30.

(6) Il mio processo penale, I. p. 30.

(7) Per esempio la bestemmia, l'attentato suicidio, la semplice difesa di sè medesimo non si trovano più in pareechi codici moderni.

(8) Per es. nel furto al dissotto di 5 fior. giusta il cod. bavar. art. 380 nella truffa etcc.

(9) Esempio di una ordinazione già esistente nel Baden ci dà Pfister: *Aggiunta alla storia delle bande dei malandrini*, p. 14.

spirito del codice penale, l'azione non può essere sottoposta alle prescrizioni del medesimo (1). Nella questione, se faccia sempre d'uopo una espressa disposizione di legge, la quale dichiari punibile il fatto, intorno a cui ha luogo la difesa, decidono le massime intorno all'applicazione analogica delle leggi penali (2) (*). Non può ammettersi, che una pena abbia ad infliggersi, perchè il motivo di punibilità, pel quale la legislazione punì altri delitti, convenga ad un' azione non comminata di pena nella legge (3), o perchè motivi generali (4), egualmente che pei delitti naturali (5), esigano la pena di quell'azione (6). Egli è parimenti decisivo il riflesso, che laddove pende il dubbio, se una legge debbasi applicare, o secondo le sue parole, o secondo il suo spirito, ad un caso non espressamente contenuto in essa, vuolsi seguir sempre la opinione più favorevole all' imputato. — Importante sarà pure pel difensore, ove si tratti di quelle antiche leggi, (7) alla cui osservanza nessuno più pensa, e le quali, tuttavia (non sempre colle più pure intenzioni) si vanno ricercando a danni dell'imputato, l'indagare accuratamente, se elle furono o no debitamente pubblicate, (8) *e*) Particolarmente importante è pur la circostanza che si tratti di un delitto, il quale, commesso da un forastiero, o da un cittadino all'estero,

(1) Questa difesa emana da una accurata analisi del senso di una legge, ed è molto importante, mentre si vedono oscillare spesso i tribunali nel decidere, se una data azione fu soltanto una lesione di contratto illecita e castigata dal dir. civ, oppure una truffa.

(2) V. il mio §. 78 a, nell'edizione *del trattato* di *Feuerbach*, e *Wächter* nell'*arch. del dir. crim.* 1844 N. 12 e 16.

(*) L'interpretazione analogica delle leggi penali, sia quella che si fonda sull'analogia di legge, sia quella che si fonda sulle così detta analogia di diritto, è sbandita dal cod. pen. austr. del 27 maggio 1852 attualmente in vigore. L'art IV. della patente di promulgazione di detto codice sancisce non potersi trattare ne'punire come crimine, delitto, e contravvenzione, se non ciò che nel codice è dichiarato crimine, delitto, e contravvenzione. Così si è data fedele la applicazione all'antica massima: *nullum crimen et nulla pœna sine lege*, e fu reso impossibile l'arbitrio dei giudici nelle cose penali, pericoloso sempre di sua natura, quand'anche in fatto possa qualche volta tornare giovevole. (V. su questo punto il comm. al cod. pen. austr. del 27 maggio 1852 del *Dr. Antonio Hye*. pag. 97 e segg. ed. ted. (G.)

(3) Per esempio nel duello, nel crimine di restrizione illecita dell' altrui libertà.

(4) Ciò diventa di particolare importanza nei delitti politici.

(5) *Kepp. Saggi intorno ad alcune dottrine della scienza del dir. crim.*. (Keidelb, 1827 N. 2.)

(6) I codici moderni sono concordi nel dichiarare, che soltanto le azioni contemplate e minacciate di pena nel codice possono venir punite. Cod. Pen. Art. 4 — Cod. pen. bavar. Art. I. — Dir. Crim. pruss. Parte II, tit. 20 art. 9)

(7) Di ciò fa ne attenti *Hermann* *Saggio*. p. 205.

(8) Dicasi ciò, p. es. trattandosi degli antichi mandati di duello, delle antiche ordinazioni sull'occultazione della gravidanza, le quali in parecchi paesi solevansi pubblicare ogni anno dal pulpito.

non soggiace a punizione secondo le leggi patrie, (1) *f*). Del pari la prescrizione, pel decorso del tempo, entro il quale un delitto può punirsi in questo paese (2), e *g*) l'essersi già subita la pena, (3) oppure *h*) una dichiarazione sovrana, p. es. una aministia, che abbia soppresso il diritto della punizione, forniranno efficaci argomenti di difesa.

= Egli è qui importante esaminare, se nella legislazione vigente valga il principio della territorialità, od il cosmopolitico internazionale, oppur il principio della personalità, come in Austria (*). Argomento di difesa trovasi, qui, ogni qualvolta il difensore possa mostrare 1, che per le leggi il crimine commesse all'estero non può venir punito, oppure 2. che l'autore venne già condannato e punito all'estero pel suo delitto, oppure 3) che legge più mite è la forestiera. = (**)

§ 27. *III. Argomenti di difesa, derivati dalle condizioni costituite dai caratteri generali di ogni crimine.*

A) *In riguardo all'indole dell'azione.*

Ogni crimine ha certi caratteri generali, i quali emanano dall'indole del fatto dichiarata punibile dalla legge, e sono condizioni comuni a qualunque

(1) Se in un paese, come per esempio in Baviera, secondo la patente di pubblicazione art. 5 c. IV, in Sassonia, secondo l'art. 28 del Codice penale, e nel Wirtemberg, secondo il § 3 dell'*ordinanza processuale criminale*, i delitti commessi all'estero non sono espressamente assoggettati alle leggi nazionali, il difensore può sempre richiamarsi alle regole generali, che delitti commesi all'estero non possono venir puniti. V. *Boehmeri, Elect. jur civil.* T. III ex. 20. — *Rudolph, De pœna delicti extra territ. adm.* Erlangen 1790. — V. anche *Titmann. Man.* I. § 62. — *Martin, Proc. crim.* § 20 — *Titmann, La giustizia penale nei riguardi internazionali* Dresda (1817) — *Abegg, Dei delitti commessi all' estero.* Landishut 1819. V. la mia aggiunta I e II. al tratt. di *Feuerbach.* § 31.

(2) V. D. crim. pruss. § 897-603. Cod. pen. aust. 27 maggio 1852, § 227-232. Il cod. pen. austr. vigente ammette la prescrizione della pena in tutti i reati che non siano puniti di morte, sempreché non sia stata pronunziata sentenza di condanna, della quale non riconosce prescrizione. §. 227. (I) (G.)

(3) V. *Feuerbach trattato* § 62. Cod. pen. bavar. art. 137.

(*) Il principio della personalità di cui fa cenno l'autore è il noto: *quilibet subditus est legibus patriæ suæ, et extra ejus terriorium.* V. Hye. Illustrazione del Cod. pen. austr. p. 813, ed. ted. (G)

(**) Il vig. cod. pen. austr. del 27 maggio 1852 dichiara punibili i crimini dei cittadini austriaci in esso contemplati, quand'anche fossero stati commessi in estero stato. L'essere stato per tali azioni processato e punito un cittadino austriaco all'estero, non impedisce che al suo ritorno negli stati austriaci egli abbia ad essere processato di nuovo dai tribunali austriaci; in questo caso la pena scontata all'estero si deve imputare nella pena che egli ha meritato dalla legge austriaca, dato che venga riconosciuto per reo. I crimini degli stranieri poi commessi all'estero, non ponno essere conosciuti e puniti dai tribunali austriaci, che se appartengono al novero di alcune gravi azioni ostili ad eminenti diritti pubblici dello stato, indicate espressamente dalla

applicazione di pena in generale. Queste condizioni si riferiscono od *a*) all'indole del fatto o dell'azione, come tali, oppure *b*) all'autore, quale delinquente meritevole di pena. Al materiale del delitto (1), quale complesso di certi dati essenziali, affinchè esista qualsivoglia crimine, appartiene: 1. il manifestarsi sotto forma esteriore il non diritto che si deve punire: 2. l'essere il medesimo accaduto per opera di un essere umano: 3. l'esistere realmente ciò che deve essere oggetto del delitto, ed il diritto, la cui violazione è contenuta nell'azione da punirsi: 4. la sussistenza di qualche nesso causale tra l'azione presunta delittuosa, ed una conseguenza illegale, almeno in istato di possibilità.

Da tali capi emanano corrispondenti argomenti di difesa.

Ad 1. Ove sia possibile dimostrare, che il non diritto, di cui è incolpato l'agente, non trovasi ancora in istato di manifestazione esterna, che non esiste altro fuorchè la prava intenzione, la quale rimase nell'interno dell'animo (2).

Ad 2. Se l'avvenimento è di tal natura, che lo si possa attribuire od al caso, od alla forza della natura, od a quella di esseri non umani (3).

Ad 3. Quando il difensore possa provare, che ciò che avrebbe dovuto essere oggetto del delitto, non esistette affatto, o non al tempo dell'azione (4).

legge. Gli altri danno motivo ad. offerta e consegna dell' estero. delinquente alle autorità del paese in cui il crimine fu commesso, e soltanto dopo rifiuto di queste a riceverlo, egli può essere punito dai tribunali austriaci secondo le leggi di quel paese, che fossero per avventura più miti delle austriache intorno ai medesimi. (§ 36-41.) Se non che queste norme si riferiscono esclusivamente ai crimini, che sono i reati più gravi contemplati dal cod. pen. austr. vigente. Pei delitti e per le contravvenzioni commesse in estero stato, un cittadino austriaco non può essere processato e punito da giudici austriaci, se non quando di tali reati non ebbe condono nello stato in cui li commise, o non scontò quivi ancora la pena sentenziata, nè può essere punito secondo altra legge da quella del luogo in cui tali reati furono commessi. Uno straniero poi che abbia commesso delitti e contravvenzioni in estero stato non può mai essere punito da giudizii austriaci. (§§ 234-235) (G.)

(1) Il valore scientifico della espressione, *materiale del delitto* (*in genere*), non è ancora debitamente stabilito. *Lüden*, *Intorno al materiale dei crimini* Gottinga 1840. *Abegg tratt.* § 101. *Bauer Tratt.* I. p. 232. *Ingemann*, nel suo *Giornale pel proc. pen.* Tomo IV II. n. 2.

(2) Ciò è importante, per esempio, nell'imputazione di un delitto di lesa maestà, in cui spesso l'intenzione è conosciuta; al qual capo si riferisce anche il motivo di difesa contemplato dal cod. bavar. parte I. art. 58. A questa classe appartiene anche l'azione di colui, il quale si fa disegni di costituzioni, ideali di governo, senza impiegare mezzi, onde effettuarli.

(3) Per esempio quando un animale ha ucciso qualcheduno, ed il proprietario del medesimo lo si voglia punito per quel fatto, benchè egli sia esente da colpa.

(4) Per esempio in caso di omicidio, il crimine sparisce, quando si abbia provato che l'amazzato era già prima freddato. V. la mia aggiunta VIII. al al tratt. di *Feuerbach*. § 42.

Ad 4. Quando si provi che l'atto esterno non fu in alcuna colleganza col disegno del delitto, cosicchè non ne può essere provenuto secondo il corso naturale delle cose (1) (*).

§ 28. *b) In riguardo all' imputazione ed alla volontà dell' agente.*

Eziandio in relazione all' agente, perchè egli compaja meritevole di pena, abbisognano in generale alcune premesse di fatto, che sono: 1. che egli siasi trovato in tale stato in cui qualche cosa gli si potesse imputare: 2. ch'egli abbia avuto un proposito contrario alla legge, cioè l' animo deliberato a commettere un' azione od ommissione, minacciata di pena, colla consapevolezza dei caratteri della medesima, che la rendono punibile; (2) oppure, se la legge positiva ammette la colpa nelle cose criminali, che egli abbia data cagione alla dannosa conseguenza, che costituisce la trasgressione, per mancanza di attenzione o riflessione (3): 3. che non vi sia alcun motivo giuridico, il quale tolga l' illegalità della volontà apparentemente contraria alla legge, permettendo l' azione.

= In relazione alla prava intenzione, allorquando la legislazione la suppone in casi, in cui taluno ha intrapresa innocentemente qualche cosa, da cui conseguita comunemente il male che ne è provenuto, diventa principale assunto del difensore quello di dimostrare, che i requisiti della legge non sussistono, che p. es. l' accusato non potè prevedere l' esito accaduto, che anche il suo contegno prova che egli adoperò ogni mezzo onde allontanarlo.=

(1) Abbozzo del codice bavar. art. 60. *Feuerbach, Tratt.* § 42 not. c.; V. però le osservazioni al cod. pen. bavar. Parte I. p. 177, ed un mio lavoro nel nuovo arch. del diritto criminale. Tomo I. art. 2. N. 6. Il difensore non deve però dimenticare, che questa dottrina dell'impunibilità dell' attentato è assai controversa. La maggior parte dei codici penali moderni contengono minaccie di pena anche pel caso di tentativo con mezzo inidonei. V. la mia aggiunta VII al Tratt. di *Feuerbach*.

(*) Il cod. pen. austr. del 27 maggio 1852, attualmente vigente dichiara il crimine costituito di regola dal solo attentato (§ 8), ma attribuisce a questa circostanza, di essere il crimine rimasto nei limiti dell'attentato, la virtù di mitigare in ogni caso la pena (§ 47 a.) Che per questo codice l'attentato con mezzi assolutamente inidonei posse essere punito, è chiaramente escluso dalla nozione che esso dà dell' attentato, chiamandolo un'*azione conducente all'effettiva esecuzione*; siccome la pensò in più casi la Corte Suprema di giustizia. Il cod. pen. austr. ha pur seguito la dottrine del napoletano, e di altri codici penali, essere meno punibile l'attentato, o tentativo propriamente detto, che il delitto mancato, coll'aver posto in proporzione la pena dell' attentato, colla prossimità di questo al compimento del crimine. (§. 47.) (G.)

(2) V. il mio articolo *sulla nozione della prava intenzione*. nel nuovo arch. del dir. crim. Tomo II. art. 4 N. 28. La mia aggiunta I. e II. al tratt. di *Feuerbach*. § 84.

(3) Per verità la *Culpa* è anch'essa motivo di difesa, cagionando diminuzione di pena; ma qui non si discorre che dei motivi, per cui non può darsi pena alcuna.

Ad 1. la difesa può condursi provando, o rendendo probabile *a*) che l'agente non abbia avuta prava intenzione, (1) *b*) che non si possa rimproverare mancanza di attenzione, perchè l'accaduto potè essere cagionato da caso fortuito, *c*) che l'azione appartenga a quelle, nelle quali la legge non punisce che quanto si operò con proposito (2).

Ad 2. non è ammissibile volontà contraria alla legge e quindi pena, se *a*) può essere provata l'esistenza di un comando che pienamente discolpi (3) (*): *b*) se si può in qualche modo dimostrare il permesso del danneggiato, nei casi in cui questo toglie la colpa e la pena (4) (**): *c*) se il danno arrecato discese dall' esercizio entro i giusti confini di un diritto spettante all'autore (5): *d*) se si può provare una necessaria difesa, accordata dalla legge, = *e*) se l'agente si trovò in uno stato di violenza indeclinabile (6): *f*) se nei casi contemplati dalla legge intervenne il pentimento attivo del delinquente nel togliere le conseguenze dell'azione (7) (***).

(1) Il difensore deve esaminare quali reati non possono essere commessi che con prava intenzione, e non con mera colpa. Così, per esempio, ingiuria colposa, furto colposo non possono esistere. La prova della mancanza del dolo è in tali reati un motivo, che esclude del tutto la pena.

(2) Ciò torna importante per ciò che le moderne legislazioni permettono che si punisca anche la colpa in quei soli casi, in cui la legge espressamente vi si riferisce. V. le mie aggiunte II. e V. *al tratt. di Feuerbach* § 55.

(3) Codice bavar. art. 123. *V. Krug, Framm. della filosofia della vita p.* 61 *Tittmann, Man* I. p. 61, *Schrölen, Man. del dir. pen.* p. 93, V. la mia aggiunta al tratt. di *Feuerbach*. §. 28.

(*) Il cod. pen. austr. del 27 maggio 1852 annovera l'obbedienza al comando nel commettere un reato, non fra le cagioni che escludono l'imputazione, ma soltanto fra quelle che attenuano la punibilità. (V. § 46 lett. c. 264 lett. d.) (G).

(4) Codice bavar. art. 122. *V. Feuerbach, Tratt.* § 33. *Tittmann, Man.* I § 121.

(**) Il permesso del danneggiato esclude ogni reità da chi lo offende nei suoi diritti, nei soli casi, in cui questi diritti siano di loro natura alienabili. Così la proprietà essendo diritto alienabile, non vi sarà furto ne' rapina nel fatto di chi toglie una cosa ad un possessore, avendone ottenuto una volta il consenso. Egli potrà in questo fatto rendersi reo tutt'al più di fattasi giustizia da sè, nell'avere obbligato colla forza quel possessore a mantenere una parola data, ma non mai nè di furto, nè di rapina. Il legislatore austriaco ebbe di mira questi principii, quando assunse nella definizione del furto il carattere del non aversi il consenso del possessore a cui si toglie la cosa, circa l'asporto della cosa stessa, § 171 I. (G.)

(5) Cod. bavar. art. 124.

(6) Cod. bavar. art. 125-127. *V. Feuerbach, Tratt.* § 37 ecc. *Grolmann, Mass.* § 139 ecc. — *Tittmann, Man.* I § 163 etc. *Grattenauer, della necessaria difesa.* Breslavia 1806. *Casi importanti nel nuovo arch. del dir. crim.* Vol. 3, Sezione 3, N. 15. V. Le mie aggiunte al tratt. di *Feuerbach*. § 38.

(7) Per es. nell' appiccato incendio. Questo efficace pentimento esclude la punibilità.

(***) Questa dottrina fu seguita dal cod. pen. austr. del 27 maggio 1852

§ 29. *Segnatamente in relazione all' imputazione.*

Ad 1. Si hanno in particolare importanti motivi di difesa, quando si possa dimostrare l'avverarsi d' un tale stato dell' agente che escludr totalmente l'imputazione (1). = In relazione all' imputazione egli è speciale assunto del difensore quello di farsi una chiara idea dell' essenza della imputabilità (2), e quindi di spiegare le prescrizioni legali col mezzo della scienza, mostrando che desse non tengono conto che della libertà della determinazione, della quale decide non solamente la consapevolezza dall' autore, ma anche l' assenza di tutti quegli stati dell'animo, i quali sono atti a produrre un costringimento dell' agente a fare una azione che egli non vuole, sia che tale costringimento abbia avuto origine da condizioni esterne, (come p. es. nel caso di minaccia con pericolo del corpo e della vita) sia che da condizioni interne morbose. La difesa non tralascerà pertanto di far risaltare ogni motivo che escluda l' imputabilità, e, per esempio, i seguenti. = *a*) Essere l' imputato minorenne. Qui il difensore esporrà, o che l'imputato non raggiunse ancora quell'età (3) (*), che giusta la legge costituisce il punto, da cui può cominciare la capacità d' imputazione, oppure, che giusta il carattere dell' indi-

nel furto e nell'infedeltà, (V. §§ 187 188 466) e nell'appiccato incendio (§ 168). Essa è affine all' altra dottrina, non darsi nemmeno attentato punibile, allorquando la desistenza dal reato fu cagionata da pentimento. Anche questa, è ammessa dal cod. austr. se non espressamente, almeno implicitamente, nel § 8, in cui il pentimento non si trova fra le cagioni che qualificano l'azione imperfetta ad attentato. (G.)

(1) E specialmente la psicologia, quella che pone il difensore in istato, di esaminarne i caratteri, paragonando quelli del caso attuale con quelli importanti per la decisione dell'imputazione.

(2) = Buone idee propone Wahlberg nel *magazzino* di *Haimerl.* 1857. P. 71, 281. =

(3) Importante, perchè i codici tedeschi non ammettono imputazione fino all'anno decimo, o duodecimo, o quattordicesimo. V. il mio § 90 aggiunto al tratt. di *Feuerbach,* not. c.

(*) Il cod. pen. austr. del 27 maggio 1852, fa cominciare l'imputazione pei crimini dal 14 anno d'età, da cui comincia anche la pubertà. (§ 2 lett. d,) Dal 10 al 14 anno d'età i crimini commessi dagli impuberi si convertono in contravvenzioni. (§ 237). L'imputabilità di contravvenzioni è ammessa per gli impuberi appunto in questi soli casi, e deniro quel limite d'età; nessun'altra contravvenzione, anche nel caso di crimini commessi da impuberi al dissotto dei dieci anni, non è imputabile ai medesimi, ma va rimessa alla correzione domestica, alla quale non può sottentrare la coercizione dell'autorità, che in sua mancanza, o verificandosi particolari circostanze. (§§ 237 273). (G.)

viduo (1), o la specie del delitto di cui si tratta (2), non può attribuirsi all'imputato il necessario discernimento, o che speciali circostanze (3) ritardarono in lui lo sviluppo intellettuale. In quei delitti, i quali, secondo le moderne esperienze (4), vengono specialmente commessi nel periodo della pubertà, il difensore terrà conto della possibile influenza di questa malattia (5) *b*). Il mostrarsi nell'imputato tracce di un sconcerio di mente (6). La situazione del difensore sarà qui doppiamente difficile, dacchè i medici e gli psicologi sono ancora tanto discordi ed incerti sulle espressioni, e sulle massime direttive (6) Egli rifletterà che il furore, la demenza, la pazzia non abbracciano tutto il campo delle malattie mentali (8), e che non può negarsi anche l'esistenza di condizioni morbose (9), le quali senza essere congiunte a sconvolgimento di

(1) L. 2 X. *de delictis puerorum.* Art. 164 178 CCC. V. eccellenti osservazioni di *Zeiller* nel Giorn. di Wagner, 1825 Fasc. 9 p. 181, di Mende, nel suo *manuale della medicina giudiz.* IV. p. 147, e nell'opera: *illustrazione critica del progetto di un codice penale*, (Celle 1827) p. 256. V. Il mio § 90. a aggiunto al tratt. di *Feuerbach.* note 6-k.

(2) Per es. la partecipazione alla falsificazione di monete vuol essere punita diversamente dal furto.

(3) Per es. malattie.

(4) Per riguardo ad incendii, v. *Henke*, *Tratt. di medicina giudiz.* III. p. 211, — *Häussler sulle relazioni del sistema sessuale coll'anima.* Vürzburgo. 1826. p. 16. V. la mia aggiunta al tratt. di *Feuerbach*, § 368.

(5) *Merkel*, *Studj intorno alla psicologia giudiziaria.* Fasc. 1, p. 35 ecc. e le mia *Diss. de alienat. mentis, qualenus ad jus crim.* Heidelberg, 1825. pag. 24.

(6) V. in proposito. *Reil. Rapsodie intorno all' applicazione delle cure psichiche agli sconcerti intellettuali.* Halle 1803. — *Hofbauer*, *Delle malattie dell'anima.* Vol. 3. Halla 1802 — 1807. — *Hofbauer*, *Psicologia applicata all'amministrazione della giustizia.* Halle 1808. — Difese relative a questo punto vedi nella collezione di *Kuppermann* n. 1, e specialmente anche negli *annali di giurisprudenza di Klein.* Vol. XXVI, p. 130. V. le opere citate dissopra al § 21, nola 2, ed il mio § 90 aggiunto al trattato di *Feuerbach* note dd-yy.

(7) V. la mia *Diss. de alienat.* p. 26.

(8) A queste si restringono solitamente i codici moderni. V. il cod. bavar. art. 121. Alcuni, p. es. il cod. Virtembergh. annoverano molte altre specie di malattie mentali, altri, p. es. il sassone, (art. 67,) non fanno che accennare in generale lo stato morboso dell' intelletto.

(*) Il cod. pen. austr. 27 maggio 1852; dichiara esente da imputazione chi agì, essendo privo dell'uso della ragione, (§ 2.a.) oppure essendo soggetto ad una alienazione mentale ricorrente, (§. 2. c.) od essendo mosso da forza irresistibile, *quando questa sia interna* (§ 2. g). Vedi su questo ultimo caso, Hye, illustr. del cod. pen. austr. § 2). Ma non enumera le specie di assenza dell'uso della ragione, di alienazioni di mentali, di interni irresistibili impulsi. (*G*).

(9) A questo proposito fanno le moderne ricerche sulla *mania* senza *delirio*, V. la mia *Diss. de alienat.* p. 42, ed in specie *Esquirol* alla fine della sua traduzione francese della *Psicologia di Hofbauer.* (V. sopra 21 nota 2) p. 309-389.

intelletto, trascinano nullameno irresistibilmente la volontà al delitto (1). Ma il saggio difensore non in ogni vizio dell' animo, o dovunque non sappia additare la *causa facinoris*, verrà parlando di malattie mentali (2); ed in generale eviterà di ricorrere ad una moltitudine di morbosità di nuova invenzione, non abbastanza comprese da lui memadesimo, e di esporre le alterazioni meno ordinarie quali argomenti per negare l' imputabilità. In caso di dubbio vorrà il dover suo, che egli renda per lo meno attenti i giudici, e li induca ad una più diligente e scrupolosa investigazione (3). = L'opera del difensore è qui tanto più importante, quanto più nell' ignoranza di molti giuristi e medici intorno a'progressi della psichiatria, si vanno tuttodì diffondendo frequenti pregiudizii, pei quali (per effetto dell'influenza del principio dell' intimazione) si ristringe di troppo il circolo delle alterazioni mentali, e si crede, che possano ridursi tutte a poche forme ammesse in tempi, in cui la psichiatria era assai imperfetta, mentre ben condotte ricerche ne fanno riconoscere infinite specie le quali confinano le une colle altre. Debito del coscienzioso difensore si è quello di istruirsi di tutte le recente indagini, di far risaltare le conseguenze delle aberrazioni mentali che più di frequente escludono l' imputazione (allucinazioni), e di additare l' esistenza di talune, che senza influire immediatamente sull'attività mentale, sono però atte a determinare con irresistibile impulso la volontà d' una persona =.

Singolarmente influirà in questa materia il principio riconosciuto sempre più oggidì anche dalle legislazioni, che vi sono condizioni dell'animo, nelle quali non è tolta del tutto la imputazione, ma però diminuita d'assai (4). — Il difensore si opporrà eziandio a ciò, che il giudice ammetta imputazione delle azioni commesse in un supposto lucido intervallo (5).

c) L' essere imputate persone, le quali per mentecattagine non erano in istato di rettamente giudicare delle conseguenze delle loro azioni, o di ravvisarne la punibilità (6). *d*) L'avere certe persone perduto l'uso di loro intelligenza per flacchezza ingenerata dall' età. *e*) L' essere stati autori sordo muti, che non furono abbastanza istruiti della illecitezza e

(1) V. però *Henke. Comm. al cod. pen. dell'Assia*, 1827, p. 412, e *Breidenbach, Comm. al cod. pen. dell'Assia* 17 p. 508.

(2) V. la mia *Diss. de alienat.* p. 46-57. — *De princip. imput.* p. 33, e le mie note *vv. pp. al tratt. di Feuerbach.* § 90.

(3) Il mio proc. pen. 11, § 147.

(4) La mia aggiunta IV, al *tratt. di Feuerbach.* § 94.

(5) *Friedreich, Psicologia.* P. 434. — *Schnitzer, sull'imputabilità*, p. 244.

(6) Qui importa avvertire accuratamente la distinzione della imbecillità dalla stupidità. V *Hofbaner Psicologia*, p. 39, § 27 ecc.; Sui caratteri loro V. *Wenzel del cretinismo.* Vienna 1802. — *Reil. Rapsod.* p. 402. — Siccome l'imbeccillità salva dalla pena allora soltanto che pone del tutto fuor di stato di ben giudicare, così il difensore deve additare l'esistenza di questo alto grado di essa, quando affermi la non imputabilità per tal cagione.

punibilità del loro operato, o la cui non imputabilità è altrimenti indubitabile (1). *f)* L'avere la persona per insuperabile e non colposa inscienza ritenuta l'azione per lecita e non punibile (2). *g)* L'essere stato alcuno costretto con irresistibile violenza corporale, o *h)* con minacce, congiunte ad un attuale ed irremovibile pericolo per la vita, a commettere un' azione punibile. *i)* L' avere, taluno consumato il fatto in un involontario turbamento di sensi, in cui non era conscio della punibilità di sua azione. A questo capo si riferiscono le condizioni, 1. di una passione fortissima suscitata dalle circostanze (3), 2. di sonnambulismo (4), 3. di totale ubbriachezza (5), la quale non sia stata provocata a disegno, onde invigorirsi alla perpetrazione d' un misfatto, od avere un argomento di discolpa. Specialmente ove si tratti d' ubbriachezza, il difensore deve adoperarsi a dimostrare (6), che la medesima sia stata in altissimo grado (7), e che nè riguardo alla condotta che le diede occasione, nè riguardo al fatto in essa commesso, sussistano le condizioni di una imputazione (8).

§ 30.

IV. Argomenti di difesa, derivati dalle condizioni del contenuto oggettivo di un determinato delitto.

In ogni caso in cui interviene la difesa, come esistere deve un certo reato, così del pari non può trattarsi che dell'applicazione di una certa legge penale. La considerazione delle condizioni necessarie all'applicazione

(1) V. *Kress, Considerazione intorno al diritto dei sordo-muti dalla nascita.* Wolfenbuttel, 1792. — Interessanti osservazioni in *Arnoldi*: *Insegnamento sul modo di istruire nel leggere e nello scrivere i sordo-muti*, Giessen, 1777. — *Hofbauer*, *Psicol.* p. 236. § 163 ecc., V. un caso nei lavori di *Hymen, intorno alla letterat. giur. negli stati prussiani*, p. 97. — *Guyot, De jure surdo mutorum*. Groninga, 1824, ed una eccellente difesa di un sordo-muto nella *Gazette des tribunaux* del 7 luglio 1827, e del 25 agosto 1827. — Estratto di questa se ne trova nel giornale di Hitzig, 1826. Fasc. 8, p. 427. — V. il mio § 90, note *m. n. al tratt. di Feuerbach*.

(2) V. in proposito *Feuerbach, Critica del progetto di Kleinschrod*, §. 288: *Tittman, Man.* 1, p. 231. — Di massima importanza sono le parole *invincibile ignoranza*. Un saggio di interpretazione di queste parole porge l'art. 72, del cod. bavar.

(3) V. un caso assai ragguardevole nel Giornale di *Gans*. Vol. 1, n. 5.

(4) *Hofbauer, Psicologia*, p. 288. — *Meister. Pareri e giudizii* n. 1.

(5) *Hofbauer, Psicol.* p. 276. — *Themis, ou bibliothèque du jurisconsulte* vol. 1, fasc. 1, p. 101. — *Heinroth, Sistema*, p. 258. — *Illustraz. del prog. annover.* 229.

(6) Sul giudizio interno all' ubbriachezza, v. il mio articolo nell' *archivio del dir. crim.* XII, p. 32.

(7) Per. es. in connessione col *delirium tremens*.

(8) *Proc. pen. dell'Assia*, art. 38. — *Breidenbach, Comm.* 1, p. 511.

della medesima porge anch'essa argomenti alla difesa (1). Infatti, poichè ogni reato, accanto al materiale comune a tutti i delitti, deve pur avere alcuni caratteri a lui proprii, che lo determinano, ed i quali costituiscono il peculiare suo stato di fatto, non può mai discorrersi d'altro nella applicazione della pena, che della perfetta sussistenza di tali caratteri, poichè soltanto da questa dipende l'applicazione intiera di quella. Ogni mancanza d'uno di essi fornisce pertanto un corrispondente fondamento di difesa (2), o in quanto ne vada esclusa totalmente la pena, o in quanto la legislazione (3) dichiari ogni difetto nel materiale del reato, causa mitigante. Codesti caratteri speciali si riferiscono: I. a rapporti personali, e propriamente *a*) alla persona, che fu l'oggetto del crimine (4), oppure *b*) alla persona dell'autore (5): II. ai mezzi adoperati: (6) III. al modo in cui il crimine fu operato(7): IV. alla qualità della mira avuta (8): V. alla conseguenza ed all'effetto, (9) VI. a circostanze accessorie di tempo, (10) o, di luogo (11): VII. all'indole dell'oggetto del delitto (12). Pertanto il difensore che è in pari tempo giurisperito, e conosce ogni motivo, che trovandosi negli atti, potrebbe trar seco una pena più elevata di quella che convenga alla vera qualità del caso, riflettendo al suo assunto, che è di impedire, che la persona dichiarata meritevole di pena, patisca un male più grave di quello che merita, verrà confrontando i caratteri legali con quelli del singolo caso. Egli si domanderà sempre 1. quale specie di crimine sembri essersi avverata? 2. se il fatto non presenti per avventura un carattere, il quale *a*) sembri indurre l'opinione di un altro crimine più grave, *b*) oppure (13) qualifichi il fatto materiale di una specie più grave di uno crimine in genere.

(1) Sull'indirizzo dell'inquisizione allo stabilimento dello speciale materiale del reato V. *Ingemann*, nel suo giornale, nuova serie Vol. III. Fasc. 1, p. 42.

(2) Sull'influenza della mancanze nel materiale del reato, v. il mio articolo nel *nuovo arch. del dir. crim.* Vol. III, n. 16.

(3) Per es. secondo il cod. bavar. art. 106.

(4) Per es. nell'omicidio di un congiunto; qui non vuolsi dimenticare un argomento di difesa contenuto nell'art. 42, del cod. pen. bavar.

(5) Per es. nell'alto tradimento, l'autore deve essere suddito, e nel crimine d'abuso del potere d'ufficio, vero impiegato dello stato ecc.

(6) Così p. es. distinguonsi il furto armato e la rapina, la rapina, e la truffa.

(7) Per es. la rapina ed il furto si distinguono fra di loro per l'impiego della violenza.

(8) Così p. es. vogliónsi distinguere l'omicidio attentato, e la lesione corporale.

(9) Così p. es. si distinguono l'omicidio mediante veleno, dalla immissione di veleno in generale.

(10) Per. es. nei casi dell'art. 221, n. 2, e dell'art. 248, del cod. bavar. quando il furto commesso di nottetempo si punisce più gravemente.

(11) V per esempio l'art. 218 e 248 del cod. bavar. intorno al furto in chiese.

(12) Per es. art. 217, del cod. bavar. intorno al furto commesso a danno della proprietà dello stato.

(13) Per es. il difensore ha ragione di temere, che i giudici possano dichiarare e punire una semplice lesione corporale quale tentativo di omicidio, od

vemente punibile di un dato delitto? L'esame di ogni condizione delle singole circostanze, che sembrano condurre a tal conclusione, presterà i necessarii argomenti di difesa.

§ 31. V. *Argomenti di difesa relativi alla prova condotta.*

Poichè non basta che un fatto sembri un crimine, volendosi a decidere della reità e della pena piena certezza giuridica (1) della sussistenza di tutti i caratteri, richiesti dalla legge, sarà particolar debito del difensore quello di riferirsi alla prova esistente negli atti. Ogni qualvolta egli può dimostrare un carattere come non provato, ed un singolo mezzo di prova come inesatto, o non secondo le regole applicato, decresce il peso degli argomenti incolpativi, la prova di discolpa appare più completa, e la difesa più facile. Ogni mancanza di un requisito legale della prova a produrre la credibilità, ed a stabilire la certezza porge un'argomento di difesa. Ora poichè la prova appare confacente e bastevole, se 1. è completa e rivolta a tutti i punti, e porge la certezza di tutte le condizioni della colpa, 2. se fu condotta in modo legale e nella debita forma, il riguardo e l'esame di questi requisiti sarà pure una fonte di importanti argomenti di difesa.

= Trattasi qui di vedere se la legislazione non vincola i giudici ad una prestabilita teorica della prova, e lascia che essi decidano secondo la loro intima persuasione, oppure se esistono prescrizioni legali sulla prova. Nel primo caso il difensore trovasi in una sfavorevole situazione, potendo egli sempre temere che i giudici, invece di lasciarsi determinare da motivi sufficienti, si affidino a fallaci induzioni desunte dal contegno dell'imputato. In questo caso diventa assunto del difensore l'opporsi a tale erronea veduta, l'agire sull'intelletto dei giudici, esaminando e vagliando secondo le regole della logica giudiziaria, e secondo i riguardi che dall'esperienza e dal lungo esercizio del diritto sono riconosciuti come i più sicuri a scoprire la verità o le prove dell'incolpazione, e dimostrando che gli argomenti incolpativi non bastano ad indurre la persuasione della reità. — Laddove al contrario esistono precetti probatorii legali (2) il difensore verrà completandoli col mezzo della teorica

un furto semplice come furto qualificato. Se egl'ora esamina la consistenza materiale di questa grave specie del crimine e dimostra che non si verifichi, egli ha difeso, cioè ha impedito, che l'imputato soffra un male penale maggiore, di quello che ha realmente meritato.

(1) V. il mio processo penale. Parte 1, § 86.

(2) = Così accade nel *regol. process. pen. austr.* del 20 luglio 1853. — Questo regol. stabilisce norme probatorie legali (§ 258, fino al 282) ma sancisce del pari non dovere il giudice dietro alle combinazioni probatorie prestabilite dalla legge condannare, quando non vi acceda la sua particolare persuasione della reità (§ 260). =

scientifica della prova, e cercherà quindi di persuadere i giudici, o che *a*) vi ha mancanza dei mezzi di prova, che la legge riconosce sufficienti, o *b*) che i mezzi di prova non hanno i requisiti legali, o *c*) che non vi ha quella consonanza fra di essi, che possa fondare la certezza della reità, oppure *d*) che vi hanno dubbii sensibili (1), la cui esistenza vieta che la reità si ammetta. Quanto più riesce il difensore a suscitare di cotali dubbii nell'animo dei giudici, tanto miglior fondamento acquista la sua difesa. =

§ 32.

A) Forniti dall'esame della pienezza della prova.

La pienezza d'una prova condotta si riferisce *A*) agli oggetti di provarsi, *B*) all'uso, al numero, ed al contenuto dei mezzi di prova.

Ad A). In riguardo al primo punto la prova completa deve: 1. essere rivolta a tutti i caratteri di fatto che concernono l'azione stessa, i quali in parte sono caratteri generali d'ogni delitto, in parte sono particolari al contenuto materiale che la legge assegna ad un determinato delitto. Egli è necessario *a*) che vi sia piena certezza del fatto in generale, e di tutti i suoi singoli caratteri; *b*) che vi sia una perfetta certezza giuridica dell'autore del fatto 2. Devono essere messe in chiaro del pari tutti i caratteri che si riferiscono alla imputabilità, all'intenzione ed alla volontà.

Ad B). In relazione al secondo punto è necessario: *a*) che sussistano nel debito numero e nella debita forma tutti i mezzi di prova che corrispondono al singolo caso; *b*) e pertanto nulla deve essere stato ommesso, che sarebbe stato rilevante ed avrebbe avuto influenza sulla decisione. —

Se il difensore vaglierà l'adotta prova sotto questo quadruplice aspetto non di rado le lacune e le mancanze corrispondenti gli porgeranno argomenti di difesa.

§ 33.

B. Forniti dall'esame del modo in cui fu condotta la prova stessa.

Perchè la prova si possa dire condotta a dovere e legalmente, fa d'uopo 1. che siano adoperati soltanto mezzi di prova permessi dalla legge: 2. che ognuno dei medesimi sia stato impiegato nel modo prescritto dalla legge con tutti i suoi requisiti: 3. che pertanto il giudice non siasi mai servito di un mezzo proibito dalla legge, quand' anche conducente allo scopo. L'esame del difensore si riferirà quindi: 1. alla qualità dei mezzi di prova: 2. ai requisiti che la legge ha prescritti: 3. alla possibilità che siansi impiegati mezzi non permessi dalla legge, p. es. la coazione.

(1) Cod. bavar. II. art. 282

§ 34. *Argomenti di difesa, relativi alla prova dei caratteri di fatto (del materiale del delitto e dell'autore mediante, l'esame dei singoli mezzi di prova.*

A) Della semplice ispezione giudiziale.

L'esame di questo mezzo di prova può fornire argomenti di difesa, in quanto si possa dimostrare: 1. che il giudice osservò non come tale, ma soltanto come privato, stragiudizialmente (1) (*): 2. che in generale non intraprese l'ispezione il giudice competente (2): 3. che il giudice osservò da sè senza un attuario giurato (3): 4. che in paesi, dove si richiedono più persone all'assunzione formale dell'ispezione, queste non intervennero: 5. che l'ispezione venne intrapresa in un tempo in cui non era possibile una debita osservazione, oppure assai difficile (4): 6. che l'ispezione venne assunta troppo tardi, allorquando le tracce del reato erano già cancellate, e lo stato delle cose alterato (5): 7. che ciò che si osservò venne preparato ad arte, e posto dinanzi al giudice (6): 8. che si mise la necessaria comparazione dell'oggetto osservato con altri oggetti (7): 9. che gli oggetti furono scambiati (8): 10. che il giudice si permise di giudicare da sè in casi, in cui non decide che una cognizione scientifica, e quindi sarebbe stata necessaria ispezione di periti. (9).

(1) Chi sia competente: *vedi Grollmann, Massime* ecc. § 463. — Il *mio proc. pen.* 1 § 60. — La mia teorica della prova p. 161 e *Jagemann. Giornale*, 1, p. 330. — *Martin, Proc. crim.* § 81.

(*) Secondo il regol. austr. del proc. pen. 29 luglio 1853 la giudiziale ispezione deve essere intrapresa dal giudice inquirente, o dal giudizio chiamato a procedere in sua vece, coll'intervento di un protocollista giurato e di due testimonii giudiziali (§§ 77 comb. col 67). Questa disposizione ha migliorata la corrispondente dalla legge anteriore processuale, per la quale l'ispezione poteva farsi oltre che dal giudice inquirente, eziandio da altro apposito impiegato, ed in qualche caso anche dalla superiorità locale e dall'autorità comunale alla presenza di due individui appartenenti al giudizio, e di due probe persone (§§ 235, 236, cod. pen. 3 settembre 1803 parte 11, e cir. gov. 22 gennajo 1830, 2 novembre 1832, e 3 gennajo 1833). (*G*).

(2) Cod. pen. bavar. II art. 235. — art. 149 CCC.

(3) Ciò accade spesso nell'ispezione assunta di notte, o su di un cadavere in pieno sfacelo.

(5) Ciò importa spesso, quando il cadavere venne già portato via dal luogo in cui prima si trovava, spogliato ecc. Qui rimangono sempre dei dubbj contro l'ispezione.

(6) V. il caso riportato da *Paalzow, Comm. al dir. crim. pruss.* Parte 1. p. 117.

(7) Ciò è importante, quando non si potè fare il confronto dell'istrumento feritore colla ferita.

(8) Non di rado importante in caso di rinvenute armi, pistole, coltelli, che possono essersi scambiate.

(9) Particolare attenzione deve anche qui rivolgere il difensore all'assunta ricognizione, V. il mio articolo *Sulla ricognizione* nel nuovo arch. del dir. crim. Tomo 1, sez. 4. n. 21.

§ 35. B. *Dell'ispezione per mezzo dei periti*

a) in relazione alle formalità.

Dall'esame delle formalità prescritte dalla legge a tal riguardo ponno emergere i seguenti capi di difesa:

1. Che i periti non fossero nel numero voluto (1): (*).

2. che non sieno giurati (2): (**).

3. che l'ispezione non sia seguita alla presenza del giudice, nei casi in questa è necessaria (3): (***).

4. che il giudizio non sia stato pronunciato da quegli stessi periti che fecero l'ispezione (4):

5. che manchi qualche formalità prescritta all'atto di perizia, p. es., il suggello, la firma (5).

§ 36.

b) In relazione alla credibilità dei periti, ed al contenuto del parere.

A questo proposito si offrono al difensore importanti eccezioni, quando giunga a dimostrare:

1. che i periti nominati non erano idonei; p. es., perchè mancanti delle cognizioni necessarie a ben giudicarne dal caso (6): (****).

(1) Cod. bav. II. art. 236. Dir. crim. pruss. § 147. V. in proposito il mio processo penale I. § 92. *Dollmann*, nel *giornale* di Jagemann III. p. 106.

(*) il Regol. del proc. pen. aust. 29 luglio 1853, fissa il numero consueto dei periti a due, ma in caso di pericolo nel ritardo, o trattandosi di un caso di poca importanza, permette che se ne chiami anche un solo. (§ 78). (G.)

(2) Cod. bavar. II. art. 237 e 264. Vedi *Stübel*, *Del materiale dei crimini* (§ 254).

(**) Il Regol. del proc. pen. austr. esige il giuramento dai periti straordinarii, di quelli cioè i quali non sono addetti stabilmente al tribunale, ed a quelli, i quali hanno giurato all'assunzione del loro impiego, prescrive che in luogo di nuovo giuramento, si rammenti soltanto la santità del giuramento prestato (§ 81). (G.)

(3) Cod. bavar. II. art. 238. Dir. crim. pruss. § 147. Vedi per altro il mio proc. pen., p. 438. La miglior dottrina riconosce modernamente, che la presenza del giudice non è assolutamente necessaria. V. anche il proc. pen. virtembergh. § 94.

(***) Il Regol. del proc. pen. austr. esige di regola che sia presente il giudice inquirente alla ispezione dei periti, e che la diriga; ma ne permette l'assenza, quando il giudice inquirente la reputi conveniente per riguardi di moralità e decenza, o quando l'ispezione sia di tal natura da esigere continuate osservazioni, od esperimenti di lunga durata da parte dei periti (§ 821). Per conseguenza questa legge non riguarda la presenza del giudice inquirente come essenziale alla perizia. (G.)

(4) Cod. bavar. art. 242.

(5) Cod. bavar art. 263. Dir. crim. pruss. § 169. *Bauer*, *Massime* § 97. *Stübel*, *Processo criminale* Vol IV § 2484.

(6) P. es. speziali per decidere dell'esistenza del veleno; levatrici in caso d'infanticidio.

(****) Il regol. del proc. pen. austr. prescrive l'intervento di chimici nelle perizie intorno a casi di avvelenamento, l'interpellazione della

2. che la loro deposizione è inattendibile, perchè un perito appare sospetto (1) (*).

3. che le osservazioni furono fatte dai periti in un tempo in cui già si notavano delle alterazioni nell'oggetto da ispezionarsi:

4. che i periti non fecero le debite osservazioni e non ne tennero esatto conto delle fatte osservazioni (2):

5. che l'ispezione fu incompleta, e si trascurarono affatto alcuni punti essenziali (3):

6. che le esperienze fatte dai periti nulla dimostrano (4):

7. che queste esperienze si assunsero in base ad ipotesi infondate e dietro erronei principj:

8. che le conclusioni dedotte dalle esperienze sono false (5):

9. che il parere peritale è infondato (6):

10. o contiene contraddizioni, od indeterminatezze (7):

direzione della banca in casi di falsificazione di banconote, e dell'ufficio delle monete in casi di falsificazione di monete. (§§ 91. 98. 99). (G).

(1) Ciò importa nei casi in cui la sezione è fatta dal medico stesso, che curò il ferito nell'ultima malattia. V. il mio proc. pen. I. p. 436. Cod. bavar. art. 243. Anche il regol. del proc. pen. virtembergh. § 47. L'opinione più giusta si è quella, che l'intervento di questo medico non può dar luogo ad eccezioni che sotto certe circostanze.

(*) Il regol. del proc. pen. austr. permette che si inviti alla sezione del cadavere di persona morta per conseguenza di un sospettato crimine, il medico che la curò nella malattia mortale, ma come semplice *assistente*, non come attivo cooperatore! (§ 88). (G.)

(2) Ciò torna importante quando si possa mostrare che il medico fece dapprima annotazioni sulla tabella, e soltanto dappoi estese il protocollo. Vedi *Meister*, *Pareri*, p. 144.

(3) Importante nelle sezioni dei cadaveri, quando una delle principali cavità sia rimasta inesplorata.

(4) Questa obbiezione può il difensore elevare ogni qualvolta siasi data troppa importanza alla docimasia polmonare, in caso d'infanticidio. V. *Henke Tratt. di medicina giudiziaria*, p. 272 ecc. V: *Mende*, *Manuale di medicina giudiziaria* (Lipsia 1819) p. 175-199. V. il mio articolo nel nuovo arch. del dir. crim. VII p. 302, quali punti debbanvisi prendere di mira. V. in proposito il mio proc. pen. Parte II, § 123.

(5) Ambedue i punti sono importanti pel difensore. Egli deve in questi casi rivolgersi ad un medico, e fare esaminare da lui il parere dei periti dietro i dettami della scienza. Quindi egli o può allegare un nuovo voto, oppure proporre l'invio degli atti alla superiore autorità medica. Il difensore si procaccerà sempre da sè stesso la debita intelligenza e la cognizione dei motivi, pei quali il voto del perito è insufficiente, e li svilupperà al giudizio, onde persuaderlo della necessità, che nulla si edifichi sul medesimo.

(6) Cod. bavar. art. 264 num. 3. Regol. process. virtembergh. § 293.

(7) Cod. bavar. II. art. 265. *Grollmann*, *Massime* § 466. *Bauer*, *Massime*, § 97. *Stübel*, *Processo criminale* § 2381. Sui riguardi che debbonsi avere nell'esame dei periti, vedi il mio proc. pen. II § 160. = Riguardo alla prova mediante periti vuolsi raccomandare al difensore la massima accuratezza

11. finalmente che i periti sono tra loro discordi (1). =

§ 37. C. *Della confessione*

a) relativamente alla mancanza dei requisiti necessarj alla credibilità in generale.

La stessa confessione dell'imputato non deve far disperare al difensore di trovar buone armi al suo scopo. Ogni omissione di un requisito legale della confessione gliene somministra; epperò dovrà egli vedere se è possibile dimostrare:

I. Che la confessione seguì innanzi ad un giudizio criminale incompetente ovvero incompleto, che la confessione fu fatta solo stragiudicialmente (2) o innanzi ad un giudizio civile, o nell'esame generale innanzi all'autorità politica (3), finalmente che mancava la presenza delle persone volute dalle leggi per ricevere una confessione (4).

II. Esaminerà del pari se il giudice abbia estorto la confessione mediante violenza, astuzia, od altri illeciti mezzi; e quindi proverà in tali casi, che vi fu una reale violenza (5) o un'ingannevole promessa

d'esame, tanto più che in moltissimi casi penali decidono quistioni tecniche, le quali senza il giudizio dei periti non si possono ben risolvere. Le nuove ricerche nelle scienze naturali e nella psichiatria insegnano quanto siano spesso fallaci i pareri dei periti, i quali basano il loro pronunciato su premesse scientifiche ricevute dalla scienza antica, assai meno perfetta della moderna. La prova mediante periti è sovente una specie di prova artificiale, e dipende da una catena di presunzioni, sulle quali il giudice deve fondare la sua persuasione della rettitudine dell'emesso parere. Imperocchè egli deve prima confidare nell'intelligenza, nella esperimentatezza, nella abilità, nell'accuratezza dei periti, e poi dietro a queste premesse giudicare. Còmpito del difensore deve esser pertanto l'esaminare se quelle favorevoli presunzioni siano fondate nel caso particolare, e fornire al tribunale materiali onde esaminare più diligentemente l'oggetto, e quindi altresì proporre nuovi periti. Torna qui ad argomento di difesa ogni dilucidazione che possa promuovere dubbj intorno alla giustezza del pronunciato dei periti, sia intorno alle qualità personali di essi, sia intorno alla fedeltà ed alla diligenza di loro ispezione, od alla attendibilità delle premesse tecniche del loro giudizio, od alla giustezza delle conclusioni derivate. =

(1) Codice bavarese. Art. 276 e 332. Diritto crim. prussiano, § 371. Regol. del proc. penale Wirtemberghese § 298. *Martin*, *Processo penale* § 74 *Tittmanni*, *Trattato* Parte 3. § 822. Il mio processo penale, II, pag. 287.

(2) Cod. bavar art. 267.

(3) Cod. bavar. art. 37 e 38.

(4) Vi appartengono le pene contumaciali eccedenti la misura legale (cod. bav. art. 187-198), l'uso della tortura e la diminuzione degli alimenti, le battiture in carcere, ecc. Quand'anche una confessione, dapprima strappata in uno di questi modi, fosse poi ripetuta dall'imputato libero d'ogni violenza, sarebbe sempre utile il dimostrare, che il timore insorto una volta nell'accusato continuò. Basterà dimostrare anche soltanto dietro le circostanze del caso che

od una minaccia illecita (1), od una astuzia, o una domanda capricciosa (2) o una pericolosa suggestione (3).

III. Servirà finalmente allo scopo della difesa lo stabilire che la confessione fu emessa da una persona non meritevole di fede (4); come se il confesso fosse un minore, un imbecille, un furioso, una persona che depose a proprio carico spintavi dal fastidio della vita e dal desiderio di morire, (5) o che per qualsiasi fine aveva motivo di incolparsi.

§ 38.

b) relativamente al contenuto della confessione.

Il difensore confronterà del pari con diligenza i singoli punti della confessione *a*) tra di loro, *b*) colle altre prove, *c*) col resto della deposizione dell'accusato, affine di poter dimostrare:

1. che la confessione si riferisce appena al fatto di crimine, che mancano altri mezzi di prova, mentre nel caso concreto, per disposizione di legge, non basta la nuda confessione:

2. che la confessione tocca solo un punto accidentale anzichè l'essenziale:

---

l'animo del confesso si trovava sotto la pressione della violenza. Regol. del proc. pen. wirtemb. § 299. Vedi esempii importanti nei frammenti di *Arnim*, *Sui delitti e sulle pene*. Parte I. p. 82. § 401. Vedi anche il mio Proc. pen. II pag. 289.

(1) Cod. bavar. art. 181, 186. *Tittmann*, *Trattato*, Part. 2 pag. 40. Il mio Tratt. del proc. Vol 2 p. 480. *Martin*, *Processo criminale* § 72 not. 7.

(2) Cod. bav. art. 182. Se la confessione si fosse ottenuta mediante dimande capziose, il difensore potrebbe dimostrare che le medesime *a*) indussero l'imputato in gravissimo errore, *b*) o misero gran confusione nella di lui mente, o *c*) che egli per paura dovette rispondere a domande che non intese, ecc. Vedi *Grolmann*, *Principj* § 469. *Bauer*, *Principj* § 179. *Kleinschrod*, *Nell'archiv. del dir. pen.* Vol. I Part. I. tratt. I. § 15. *Martin*, *Proces. crim* § 73. *Stecher*, *Sulle dimande capziose*. Landeschut 1816. *Vedi il mio proc. pen.* Parte I § 108.

(3) Cod bav. art. 183-185 e l'art. 175. Riguardo alle suggestioni non è sempre utile consigliare al difensore di sostenere in ogni caso addirittura la nullità di tutto il processo. Qualunque giudice ammetterà che non si può inquisire senza suggestioni, ma in certi casi peraltro una suggestione può essere pericolosa, e il difensore allora proverà che essa andò unita ad una domanda capziosa, oppure accompagnata da violenza, ecc., locchè importa in particolare allorchè il fatto materiale è conosciuto solo per la confessione dell'imputato, Sopratutto poi la difesa deve mettere in luce l'indole pericolosa della suggestione nel caso concreto. *Feuerbach*, *Trattato* § 632; e *Martin*, *Proc. crim.* § 72. *Stübel Proc. crim.* II. § 831. *Parst. Delle suggestioni* § 3. *Il mio proc. pen.* I. § 107.

(4) *Martin proc. crim.* § 73. *Stübel proc. crim.* III pag. 782.

(5) Vedi un caso importante, e una buona difesa nel *Saggio di Hermann* (ultima edizione, a pag 229.). Vedi questi casi citati nel mio *proc. pen.* II, pag. 250. Not. 29.

3. che da essa rilevansi soltanto risposte generali e vaghe, di cui il difensore verrà dimostrando l'inettitudine a far prova (1):

4. che la confessione implica in sè tali contraddizioni da togliere ogni credibilità ad una singola deposizione (2):

5. che la confessione contraddice apertamente ai dati altronde raccolti, ed alle circostanze del fatto, provate altrimenti (3):

6. che la prima confessione fu ritrattata, e quindi non può far prova, (4) specialmente se non era già fin dapprincipio munita dei dovuti requisiti:

7. nei casi poi in cui la confessione incluse limitazioni, il difensore può dimostrare, che queste vengono a negare indizii assolutamente necessarii all'accusa, o che la dichiarazione limitativa dell'imputato è per lo meno verosimile (5) (*).

(1) Vedi Cod. bav. art. 269. Dir. crim. pruss. § 137-139. Regol. del proc. pen. aust. § 264. d. 1. A dir vero un difensore negherebbe a torto a fronte di motivi convincenti (Vedi *Stübel*, *Dello stato di fatto* § 314, ecc. *Tittmann*, *Relazioni e sentenze*, II, III, IV. *Grollmann*, *Principj*. § 444. *Martin*, *Proc. crim*. § 72) che la confessione possa talvolta provare il fatto. Vedi anche il mio proc. pen. parte II, § 164. Solo in alcuni casi sarebbe lecito dimostrare che la cognizione del fatto è imperfetta per es. *a*) perchè le circostanze accessorie prodotte dal confesso discordano onninamente dalle altre prove, *b*) perchè non si comprende come non sia possibile constatare il fatto con altre prove, *c*) perchè gli indizj relativi al fatto si possono stabilire solo mediante periti, *d*) perchè il confesso lascia presumere che siasi falsamente incolpato per tedio della vita, *e*) perchè molte presunzioni contrarie (indizj d'innocenza) parlano a favore dell'imputato, *f*) per ultimo perchè la deposizione è per se stessa inverosimile. Regol. del proc. pen. Wirtemb. § 300. Legge: Anno ver. del § 4, 8 settembre 1840 § 17 e 18.

(2) Per es. se l'accusato affermasse semplicemente dietro domande suggestive, o dicesse: *ciò potrebbe anche essere, ma io so nulla*; come pure se rispondesse appena: *va bene tutto, io non ne so di più* (come spesso stupidamente suol dirsi).

(3) Cod. bav. art. 267, n. 6. Non monta poi che l'imputato racconti il fatto in un modo nel primo interrogatorio, ed in un altro nei successivi. La contraddizione acquista importanza allorquando l'imputato è confesso bensì in diversi interrogatorj, ma accenna a circostanze inverosimili, oppure quando racconta le cose in modi così diversi, da non potersi sceverare il vero dal falso. A ciò devesi aver riguardo specialmente in quei casi in cui il materiale del delitto si prova colla sola confessione.

(4) Cod. bav. art. 267, n. 7. Dir. crim pruss. § 370. Perchè qui è impossibile verificare le circostanze confessate. La contraddizione devé per altro riferirsi a punti essenziali, come sarebbe, se il confesso dicesse che egli ha trafitto con un coltello, e invece dalla sezione risultasse una ferita fatta con arma da fuoco. Vedi a questo proposito, *Stübel*, *Del materiale dei crimini*, § 216. *Tittman*, *Trattato*, parte, III, p. 478. Il mio proc. pen. II, § 166.

(5) Cod. bav. art. 273. Dir. crim. pruss § 378. Reg del proc. pen. wirtembr. § 302. A distruggere una valida confessione non basta una qualunque ritrattazione. Il difensore onde isnervare efficacemente prima confessione, deve

§ 39.

D) *Della prova testimoniale.*

a) relativamente alle formalità ed alla capacità personale dei testimonii.

Dacchè la testimonianza fa prova solo quando sia munita di certi requisiti, il difensore dovrà farne attento esame per dedurre argomenti di difesa della loro mancanza: epperò indagherà se mai:

dimostrare: *a*) che questa fu imperfetta, e vi manco qualche requisito: *b*) che l'imputato ha deposto mentre era in uno stato di perplessità, oppure violentato dal giudice: *c*) che le circostanze addotte nella prima confessione sono impossibili. Vedi *Tittmann*, *Della confessione e ritrattazione* Halla 1810, *Stübel*, *proc. crim.* II, § 766 ec. *Grolmann*, *Princ.* § 484. *Bauer*, *Princ.* § 144. *Martin*, *Proc. crim.* § 75. Vedi un caso interessante in *Pfister*, *Casi criminali notabili*. parte III, n. IV.

(*a*) Reg. del proc. pen. *wirtemb.* § 301. Il mio proc. pen. § 165.

(*) Intorno alla forza provante della confessione dell'accusato il Regol. austriaco del proc. pen., 29 Luglio 1853 ha fermato le normi seguenti.

La confessione deve essere stata fatta all'atto del dibattimento (§ 264 *c*) e quindi davanti al tribunale, oppure nel processo d'inquisizione, e propriamente nell'inquisizione speciale, sia che questa abbia avuto luogo presso l'ordinario giudizio inquirente, o presso un giudizio od una autorità delegata (§ 264, 188). Una confessione fatta dall'imputato nello stadio inquisizionale deve però essere ripetuta al dibattimento, oppure non deve essere stata ritrattata in esso in modo valido, perchè se ne possa tener conto nello stabilire la prova. (§§ 233, 235).

I requisiti interni della confessione, perchè faccia piena prova sono poi a termini del § 264:

a) che l'imputato o l'accusato) l'abbia fatta in modo espresso, chiaro e determinato, e non con gesti e segni ambigui,

b) mentre egli era pienamente conscio di sè stesso,

c) consista in un proprio circostanziato racconto, e non in semplici affermazioni a domande a lui fatte,

d) si accordi nell'essenziale coi dati raccolti sulle circostanze del reato.

Quest'ultimo requisito è raccomandato del pari all'attenzione del tribunale all'atto del dibattimento, ed a quella del giudice inquirente nell'inquisizione speciale (§ 264, 188). E non v'ha dubbio, che, ove il tribunale scorga all'atto del dibattimento, che il giudice inquirente ha sospeso troppo presto le sue indagini per convalidare colle risultanze del processo una confessione dell'imputato (§ 188), non possa valersi della facoltà di procedere a nuove verificazioni, od a nuovi atti inquisizionali, prima di dichiarare chiuso il processo e di procedere all'emanazione della sentenza, attribuitagli in termini generali dal § 248. (*b*)

Le circostanze di fatto rilevate nel processo devono, per questa legge non soltanto concorrere a convalidare la confessione dell'imputato, ma eziandio a confermare la ritrattazione che l'accusato ne facesse nel dibattimento, (§ 235). Una ritrattazione appoggiata a motivi *evidentemente insussistenti*, od a motivi di cui le prove assunte in proposito dimostrano l'infondatezza, non toglie nullamente l'efficacia all'antecedente confessione. (§ 235).

1. i testimonii furono sentiti dinanzi a un giudizio *indebitamente composto*, o quel ch'è più incompetente (1):

2. se non sono nel numero voluto dalla legge (2);

3. ovvero non sono giurati (3):

4. se mancò in essi la libertà, perchè la deposizione fu fatta dietro precedente violenza, minaccia, rimprovero ecc. e ciò specialmente nel caso in cui si dovette costringere il testimonio a deporre (4), ovvero quando si fossero fatte precedere o dimande capziose (5) o illecite suggestioni (6);

5. Se qualche testimonio non possiede le qualità necessarie a deporre validamente; e quindi appartiene al novero degli inabili o dei sospetti. Ogni volta che il difensore giunge a dimostrare che il testimonio è assolutamente inabile o sospetto (7), ha con ciò stesso indebolito la credibilità della di lui deposizione, e rimossa l'applicazione della pena, che altrimenti avrebbe colpito l'accusato, se il testimonio fosse stato irrefregabile. Il difensore non deve peraltro mai dimenticare a questo riguardo

Non poco esigente si mostra poi questa legge nell'accettazione di una confessione muniti dei requisiti suesposti, ma la quale tenga dietro per avventura ad un'altra estorta con mezzi illeciti. Essa prescrive che quella confessione, oltre all'accordarsi coi fatti raccolti nell'inquisizione, conduca altresì a verificarne di tali, che per la loro natura non potrebbero essere conosciute ad altri che al vero autore del reato. (§ 266). (G.)

(1) Cod. bav. art. 278. *Martin, Proc. crim.* § 77. *Tillmann. Tratt.* IV, § 764, nuova edizione parte III, § 836. Il mio proc. pen. parte II, § 167 e 168.

(2) Cod. bav. art. 285. Sull'efficacia di un testimonio vedi il dir. crim. pruss. § 388. *Tillmann, Tratt.* IV. § 823.

(3) Cod. bav. § 209. *Tillmann, Tratt.* IV, § 767, nuova edizione III, p. 411. *Martin, Proc. crim.* § 77, nota 77. *Stübel, Proc. crim.* II, § 870. In questo luogo è importante il quesito: se basti che la prestazione del giuramento sia avvenuta anche dopo l'interrogatorio.

(4) Il difensore potrà sempre fare questa obiezione alla credibilità di un testimonio, quando qualcuno che da prima vi si rifiutava, si presentasse poscia a deporre, essendovi stato costretto con pene.

(5) Cod. bav. art. 213. Le domande capziose producono moltissime conseguenze rispetto ai testimonj e all'imputato. Vedi i motivi di ciò nel mio proc. pen. Vol. I, pag. 279.

(6) Cod. bav. Art. 213. 277. Il difensore potrà a buon diritto provare la nullità della disposizione testimoniale quando fosse stata, in gran parte suggerita. Vedi intorno a ciò *Part. delle suggestioni* § 16. Il mio proc. pen. Vol. I. pag. 278.

(7) Circa i motivi d'inabilità o di sospetto vedi il dir. crim. pruss. § 356. ecc. Cod. bav. Parte II. art. 278-285. Rög. del proc. pen. würtemb. § 304. *Quistorp. Princ.* 1691. *Glorig. Teoria della probabilità per fondamento della prova storica e giudiziale.* Part. I. Sez. 7. Parte II. Sez. 7. Ratisbona 1806. *Kleinschrod, Della prova testimoniale in materie penali; nell' archivio del Dir. pen.* Vol VI. art. 3. Vol VII. art. 2. *Tilmann,*

quanto sia erronea (1) quella vecchia opinione per la quale, a scapito della verità, grandissimo era il numero dei motivi atti a dichiarare inabile un testimonio (2), e che egli indegnamente eserciterebbe il proprio ministero, se si sforzasse di dimostrare inabili quei testimonii intervenuti all'inquisizione, i quali tutt'al più sono sospetti.

§ 40.

b) relativamente al tenore della deposizione.

Qui pure, potrà il difensore da un accurato esame del tenore della deposizione raccogliere amminicoli di difesa, facendo osservare:

1. che la testimonianza si riferisce a punti affatto accidentali, i quali non ponno essenzialmente influire sul principale:
2. che è indeterminata e confusa;
3. che i testimonii esposero soltanto la loro opinione subiettiva (*testes de credulitate*) (3):
4. o deposero appena per udito (4);
5. che i testimonii osservarono in un modo, e sotto circostanze tali da non potersi assolutamente aspettare da essi un osservazione fedele e diligente (5);
6. oppure errarono nella persona (6);
7. che la deposizione è affatto inverosimile, sia perchè in sè stessa racchiude qualche cosa di impossibile, sia perchè si producono circostanze accidentali, la cui impossibilità distrugge la forza della deposizione totale (7):
8. che un testimonio si contraddice (8):

Tratt. Parte III. § 882 e 813. *Stübel proc. crim.* Vol II § 879 ecc. Argomenti di difesa dedotti della quantità della deposizione testimoniale si hanno nel *Saggio di Hermann* 623. 28.

(1) Il mio proc. pen. II. § 169 e 170. Si confrontino i due motivi di inabilità portati dal Reg. del proc. pen. virtem. § 304, col gran numero di essi che tuttora si riscontra nel cod. pen. bav.

(2) Per es. la parentela, le pene sofferte. —

(3) Cod. bav. art. 377, 267. Per es. quando i testimonj depongono solamente d'aver veduto l'imputato presso il luogo del fatto, o d'averlo veduto molto confuso, ecc. non si può ancora per ciò stabilire con certezza ch'egli ne sia l'autore.

(4) Cod. bav. art. 277. Come se i testimonj dicessero appena; *si, io opino così, io credo che quest'uomo sia stato l'autore*, ecc.

(5) Per es. perchè i testimonj erano troppo lontani dal luogo del fatto per poter udire o vedere bene; sovente torna importante al difensore lo stabilire a qual'ora del giorno i testimonj osservarono.

(6) Qui il difensore deve pesare ogni parola del testimonio, e vedere accuratamente quale sia il fondamento della sua scienza.

(7) A questo proposito dovrà specialmente osservare se abbia debitamente avuto luogo il riconoscimento dalla legge prescritto (art. 218, cod. bav.).

(8) Per esempio se un testimonio narrasse un fatto come accaduto in un tempo, in cui l'imputato può chiaramente dimostrare d'essersi trovato in altro luogo.

9. che i diversi testimonii si contraddicono tra loro, (1) epperò mutuamente si indeboliscono (2):

10. che la deposizione testimoniale riflette una cosa che non cade sotto i sensi, e quindi non può essere accertata col mezzo dei testimonii, ma sì mediante i periti (3):

11. che la deposizione contraddice ai dati in altro modo raccolti, oppure non è debitamente avvalorata dalle altre prove (4):

12. che la testimonianza è il solo mezzo probatorio del materiale del delitto (5) (*).

(1) Cod. bav. art. 276 e 277. — Il mio Proc. pen. II, § 169.

(2) Cod. bav. art. 294. Qui si devono esaminare le deposizioni dei diversi testimonj circa al tempo, luogo, ed altre circostanze, come il vestimento dell'accusato. Il mio trattato della prova pag. 374.

(3) Per es. se i testimonj volessero deporre che la ferita era mortale.

(4) Qui il difensore deve analizzare i singoli mezzi di prova; intorno a questa contraddizione vedi il mio Trattato della Prova, pag. 380.

(5) Cod. bav. art. 292. Non si nega che i testimonj possano provare le circostanze di fatto; ma in ogni caso se ne potrà dubitare, quando il difensore dimostri, (a) che le deposizioni dei testimonj contengono qualche circostanza impossibile od inverosimile, come se vivesse colui che si pretende ucciso, ovvero se qualcuno fosse accusato di magia, (b) che mancano tutte le altre prove a completamento, (c) che non si può spiegare, perchè non sia possibile stabilire in altro modo lo stato di fatto, ecc. — *Bauer principj* § 150. — Vedi *Feuerbach*, *Trattato* § 577 — *Sul materiale dei delitti* § 336. — *Kleinschrod, nell'Archivio di Dir. Pen.* Tomo IV, pag. 10. Il mio *Proc. pen.* Parte II, pag. 172. — Il mio *Trattato della Prova* pag. 368.

(*) I requisiti interni della prova testimoniale o voluti dal regol. del proc. pen. aust. 29 luglio 1853, corrispondono pienamente ai cenni che l'autore ne fa in questo e nel precedente paragrafo, e sono i seguenti:

a) che le deposizione sia stata fatta in piena libertà, e non posta in bocca all'accusato per avvenuta intelligenza, o per eccitamento, seduzione, insidiosa interpretazione, corruzione, rimunerazione, minacce, o violenza:

b) deve contenere in modo espresso, chiaro e determinato il fatto o la circostanza, della cui verità dee venire in conferma:

c) dee fondarsi sulle percezioni proprie del testimone, mentre era capace della necessaria riflessione, e non già sopra una voce diffusa, presunzioni, verosimiglianze, od induzioni;

d) debbe essere giurata;

e) nè dalla qualità personale, o dai rapporti del testimone, nè dal tenore dalla sua deposizione deve sorgere alcun fondato dubbio intorno alla sua credibilità:

f) la deposizione deve accordarsi cogli altri dati almeno in modo che non appaja contraddizione nelle circostanze essenziali;

g) deve essere fatta od almeno confermata nel dibattimento finale innanzi al Tribunale cui spetta di pronunciare sentenza; oppure debbe essere stata letta al dibattimento nei casi in cui a termini dei §§ 250-241 può bastare la lettura della deposizione fatta dal tesimone nel corso dell'Inquisizione (§ 269)

§ 41.

E) Dei documenti.

Confrontando i documenti quali esistono coi requisiti loro necessarii ai

La ripetizione poi al dibattimento di una deposizione fatta durante l'inquisizione deve aver luogo in tutti i casi in cui lo si possa, a meno che l'accusato ed il procuratore si accordino a domandare in sua vece la lettura degli atti. Però la legge non ha tolta al tribunale la facoltà di ordinare nel dibattimento la lettura delle deposizioni fatte dai testimonii durante l'inquisizione, allorquando intorno a questo punto il procuratore di stato ed il difensore non si accordino (§ 241). Questo è certamente un difetto, giacchè ai vantaggi del nuovo esame dei testimonii nel dibattimento per la difesa dell'accusato, sembra anche troppo il lasciare che rinunci l'accusato medesimo di sua spontanea volontà. Egli è bensì vero che il difensore dell'accusato può ricorrere contro una simile decisione del Tribunale che ordini la lettura, (§ 244), ma questo ricorso, non potendo presentarsi immediatamente, perchè la legge non concede ricorsi separati contro le decisioni del tribunale su punti incidenti nel dibattimento (§ 227), può diventare molte volte un rimedio affatto illusorio. I testimonii possono morire, o rendersi inabili a deporre, prima che il ricorso sia stato presentato od abbia avuto effetto.

Il regolamento austriaco non fa enumerazione di cause che rendono incapaci i testimonii. E primamente per ciò che riguarda l'assunzione dei testimonii ed il loro esame, il § 112 oltre all'esclusione dall'esame delle persone le quali per lo stesso loro ufficio non possono rivelare i segreti loro confidati nell'esercizio del medesimo, quali sono gli impiegati ed i sacerdoti in cura d'anime, non ne pronuncia altra fuorchè per le *persone, le quali per una condizione fisica o morale non sono in grado di esporre la verità*, intendendo la legge per *condizione morale* non già la disposizione dell'animo, ma sì lo stato dell'intelletto, o di quella parte dell'umano organismo in cui risiedono le facoltà dette spirituali. Laonde la legge esclude con questa disposizione dal far testimonianza tutte le persone, le quali non possono materialmente farla.

Quanto poi alla stima delle testimonianze nello stabilire la prova, questa legge lascia in piena facoltà del giudice, come si vede nel § 260 succitato, l'escludere dalla prova testimoniale piena alcuni testimonii, purchè insorgano fondati dubbj intorno alla loro credibilità, sia per le quantità personali ed i rapporti dei medesimi, sia pel tenore della loro deposizione.

Questa larghezza di esame lasciata ai giudici intorno alle attendibilità delle testimonianze, e l'ampia falcoltà accordata all'accusato ed al difensore nel dibattimento finale di dire e di fare ogni cosa che possa recar luce intorno alla credibilità dei testimonii (244), costituiscono una sufficiente malleveria perchè la prova testimoniale produca ogni possibile vantaggio, e vada esente da ogni possibile difetto. Così le teoriche dell'autore, accennate nel superiore e nel precedente paragrafo, e più estesamente sviluppate nella sua opera intorno alle prove nel diritto criminale, e quelle eziandio degli altri più riputati scrittori di legislazione intorno al sistema della prova testimoniale nel processo punitivo possono dirsi abbastanza soddisfatte dal Regolamento Austriaco.

medesimi perchè facciano prova, otterranno nuovi capi di difesa. Per ogni documento provante qui si tratta di sapere:

I. se esso in genere sia credibile;

II. se ne sia legalmente provata l'origine dell'imputato (1):

III. Se il contenuto pienamente corrisponda al fatto principale da provarsi. Ogni difetto (2) che si scoprirà intorno a questi punti gioverà al difensore, e in particolare:

Ad I. il dimostrare *a*) che il documento che sta dinanzi è solo una copia, *b*) che è sospetto per frequenti raschiature, e cancellature, o *c*) per interruzioni, *d*) per l'uso di diversi inchiostri, *e*) per l'uso di diversi caratteri, *f*) pel contrasto tra il marchio della carta e la data che porta, *g*) perchè probabilmente esiste un *bianco*.

Ad II. il mettere in luce *a*) l'impossibilità che l'accusato abbia scritto il documento, (3) *b*) la cagione per cui può prescumersi che un altro lo abbia scritto (4), *c*) nel caso in cui i testimonii abbiano dichiarato

Merita finalmente di essere osservato in questo Regolamento, che i testimonii i quali non possono adoperarsi a costituire l'ordinaria prova testimoniale piena, per motivi desunti dalla suggettiva loro capacità a conoscere ed esporre il vero, non possono nemmeno mai concorrere a compiere la medesima in un numero maggiore, siccome accade nel processo civile, nè a costituire una prova incompleta. Le loro testimonianze sono elimitate dal calcolo delle prove, come elementi guasti e superflui. Infatti il § 140. 3. stabilisce che una prova incompleta possa costituirsi dalle deposizioni di due testimonii i quali abbiano tutti i requisiti prescritti dai § 269, meno quella d'essere giurati. Ora il § 132 esclude appunto dal giuramento quelle persone le quali si riconoscono affette da notevole debolezza della facoltà percettiva, o della memoria, o che al tempo in cui dovrebbero giurare si trovano in tale stato *fisico* o *morale*, per cui non si possa aspettarsi che abbiano una chiara coscienza delle deposizioni da confermarsi. (G.)

(1) Principalmente poi è necessario che il difensore osservi se ogni documenti in affari criminali contenga o l'oggetto del reato, come sarebbe un libello diffamatorio, una cambiale falsa, ovvero una confessione, o una testimonianza; epperò dovrà egli anzi tutto vedere a qual classe il documento appartenga e poi confrontarlo coi requisiti della legge prescritti, Il mio proc. pen. Parte II. § 174.

(2) Cod. bav. art. 298.—Reg. del proc. pen. Wurtemb. §. 820. —Vedi intorno alla prova per documenti *Tillmann*, *Trattato*, Parte III. § 247 e segg. *Kleinschrod nell' Archivio di dir. pen.* Vol. 8. Art. 3. N. 3. — *Stübel, Proc. crim. II.* § 1032. *Martin, Proc. crim.* § 80. Il mio *Trattato della prova* pag. 878.

(3) Nell'esame dei caratteri che rendono un documento sospetto servono i principj vigenti nel processo civile. — Vedi *Klaproth, Avvertimenti del proc. civ. ordin.* Parte II. § 234. — *Martin, Trattato del proc. civ.* § 197. — *Linde, Tratt. del proc. civ.* § 277.

(4) Per es. se l'imputato conosce una persona, la quale può precisamente imitare la scrittura dell'imputato, ovvero ha interesse a far credere che il documento sia stato scritto da lui.

che i documenti provengono dall'imputato, si può accampare (1), che i testimonii s'ingannarono nella scrittura, dacchè ponno darsi più scritture somiglianti, e potrebbe essere facilmente avvenuto uno scambio di documenti, o che i testimonii fondano la loro deposizione su mere congetture (*testes de credulitate*). *d*) Alla comparazion dei caratteri si potrà opporre (2); che dessa non riposa su principii scientifici, e in generale è assai fallace, che le scritture facilmente si imitano, che per accidente ponno darsi benissimo più scritture somiglianti.

Ad III. il dimostrare *a*) che il documento è in generale nel suo tenore oscuro ed indeterminato, *b*) che può interpretarsi di leggieri in modo diverso di quello che si è fatto, *c*) che un documento sta in contraddizione con altri, *d*) o che si riferisce ad altri documenti, i quali non si produssero (3). Sopratutto poi il difensore deve accertarsi mediante l' esame dei documenti, (4) 1. se i medesimi provano il reato stesso, ovvero 2. se possano servire al convincimento dell'autore, sia come confessioni sia come testimonianza, o somministrando indizii (5). Quanto ai documenti pubblici importa osservare, se colui che ha emessoil documento fosse legalmente abilitato anche a quella specie d'affari cui il documento appartiene e, ed in quella data estensione (6) (*).

(1) Vedi Cod. bav. art. 299, n. 2. Regol. del proc pen. würtemb. § 325. Per questa prova testimoniale vedi *Walch*, *De recognit. instrum. per testes et comp. litt.* Gottinga, 1756. *Kleinschrod*: luogo sopracitato, § 6. *Globig*, *Teorica della probabilità*. Parte 2, pag. 248.

(2) L. 20. Cod. de fid. instrum. *Dir. crim. pruss.* § 385. Cod bav. art. 300. Il Reg. del proc. pen. Wurtemb. § 300, riconosce che con ciò si viene a stabilire soltanto una presunzione più o meno forte di genuinità. Su questo mezzo di prova vedi *Martin*, *Tratt.* § 80, not. 28. *Stübel*, *Proc. crim.* II, § 1054. *Tittmann*, *Trattato* § 806. Il mio *proc. penale*, II § 175. Il mio *Trattato della Prova* pag. 594.

(3) La dimostrazione di questo punto è particolarmente importante alla difesa nei delitti di lesa maestà e nei delitti di Stato.

(4) Vedi il mio *proc. pen.* Parte I, § 176, e il mio *Trattato della Prova.* pag. 598.

(5) *Hermann*, *Saggio*. § 29.

(6) Se per es. un giudice patrimoniale, che manca affatto di giurisdizione criminale, avesse assunto un documento il quale contiene deposizioni importanti nel processo criminale.

(*) La prova per documenti va soggetta a pochi regolamenti nel proc. pen austr. del 29 luglio 1853. Per verità la prova per documenti non può dirsi una specie particolare di prova, perchè, il contenuto di un documento che non sia il corpo stesso del delitto, dovendo sempre necessariamente consistere in una confessione oppure in una testimonianza, l'efficacia probatoria di esso prova non può venir regolata in sostanza da principii diversi da quelli che reggono la prova per confessione e la prova per testimonianza. Il carattere specifico della così detta prova per documenti consiste piuttosto nella necessità e nel modo di provare che essi provengono veramente da quel-

§ 42. F. *Degli indizj.*

Quanto agli indizj ed alle presunzioni sarà sopratutto importante il cercarne altre da contraporre. Nei casi in cui la legge stanzia una presunzione (1) gli sforzi del difensore devono essere intesi a dimostrar falso mediante delle controprove il fatto supposto vero, e a questo riguardo basterà l' avere raggiunto anche una mezza probabilità (2). Nella prova così detta

le persone che ne appajono autrici, la qual prova nelle confessioni e nelle testimonianze deposte personalmente non è necessaria, o si risolve in una facile constatazione di identità di persona. Il documento può essere falsificato molto più facilmente di quello che una persona possa simularne un' altra, e d' altra parte la sua genuinità può essere provata col mezzo tutto particolare del confronto con altri documenti, o colla comparazione dei caratteri; in queste cose propriamente risiede la peculiarità della così detta prova per documenti. Il regol. aust. del 20 luglio 1833, pare abbia seguito queste massime nell' ordinare la prova per documenti. Il § 273 dice espressamente, che in quanto i documenti meritino fede come confessioni scritte, se provengono dall' imputato, o la meritino come testimonianze scritte quando sono emessi da terze persone debba giudicarne secondo le norme date intorno alla prova composta. E per verità la prova per confessione e la prova per testimonii potendo essere perfetta allora soltanto che egli confessa o chi attesta faccia conoscere, comparendo personalmente i suoi rapporti personali che possono avere influenza sulla sua credibilità, la confessione e la testimonianza scritta andando scompagnata da tale circostanze non dovranno necessariamente annoverarsi mai fra le prove piene, ma si unicamente fu le prove incomplete, e fra gli indizj, le quali specie di prove non possono valere che nella composizione o tra di loro o con altre. Quanto poi alla maniera di constatare la genuità dei documenti mediante comparazione di caratteri fra tali documenti ed altri la cui genuinità è certa, il Regolamento austriaco rimette al criterio del *giudice il decidere in quanto la perizia mediante comparazione dei caratteri possa con riguardo ad altre circostanze, stabilire la prova legale della genuinità di un documento o scritto* (§ 274).

Le circostanze dell' essere pubblico un documento non costituisce per quella legge alcun privilegio in farne della sua credibilità; il § 248 stabilisce: che i documenti pubblici si considereranno come prove legali del fatto sopra cui vengono emessi, qualora chi li emette non abbia ad aspettare vantaggio o danno da questo atto di suo ufficio, o non insorgano d'altronde fondati dubbj contro l' attendibilità di tale documento. (G.)

(1) Non si deve mai dimenticare che è impossibile di raggiungere qualche cosa di completo mediante cotante e così svariate combinazioni di indizj, ma che per altro si dovrà almeno tentare di arrivarvi. Qui però si parla appena di quegli indizj che rendono imputabili del fatto un individuo. Sulla prova indiziaria, vedi *Stibel, proc. crim.* Vol. II, § 36, e seg. Vol. III, § 114 e segg. Un caso degno di essere studiato si trova nei casi crim. notabili di *Pfister*, Vol. I, n. III. Su l'analisi della prova indiziaria vedi il mio *proc. pen.* p. II, § 177. Il mio *Tratt. della prova* pag. 402.

(2) S' incontrano in tutti i nuovi codici; per es. nel bavarese circa il *dolus*. Una saggia legislazione non dovrebbe mai stabilire presunzioni di legge in affari penali.

artificiale (indiziaria) (*) non si tratta di un solo fatto da cui dedurre un

(*) La prova indiziaria viene annoverata fra le prove nel Reg. del proc pen. aust. del 29 luglio 1853 (§ 261) La legge però non sembra parificarla, totalmente alle altre prove, nè averla accolta senza ritrosia, perchè non permette che in base alla medesima si riconosca alcuno meritevole della pena di morte (§ 284). I principii da cui è retta la prova indiziaria nel regol. aust. pajono provvedere abbastanza a tutte le fallacie possibili in essa prova, accennate da *Mittermaier* in questo paragrafo. *a*) Gli indizii possono provare soltanto la connessione fra una persona ed un reato, per cui quella appaja averlo commesso o presavi parte (§ 138), convincere cioè l'imputato negativo (§ 279), non quindi anche provare il reato stesso *b*) Da questo principio deriva eziandio non potersi gli indizii provare mediante altri indizii (*indicia indiciis non probantur*), perchè anche gli indizii in sostanza sono fatti, e propriamente parte del fatto fondamentale a cui si riferisce il reato, (§ 138) benchè circostanze del medesimo. *c*) Un indizio non può mai prendersi a calcolo che una volta sola, nè, venendo considerato sotto diversi aspetti, può mai equivalere a più indizii (§ 280). *d*) L'esistenza degli indizii preveduti dalla legge in un caso speciale non può fornire per sè sola la prova della reità dell'incolpato, quando non vi abbia fra i medesimi un tal nesso, che il rapporto tra il fatto e l'accusato paja stretto e chiaro, sicchè secondo il corso naturale ed ordinario degli avvenimenti non rimanga alcun motivo di dubbio che il fatto sia stato commesso da lui (§ 279). *e*) In nessun' altra prova torna tanto in acconcio quanto nella prova indiziaria la regola stabilita dal § 260, che, quando anche sussistano gli estremi di prova previsti dalla legge, il giudice non ha l'obbligo di condannare l'accusato come reo, quando dall'attenta ponderazione di tutte le circostanze non abbia ottenuto il convincimento della sua reità, ma gliene rimangano ancor dubbj per motivi che vi si oppongono.

La prova indiziaria, poi od il *concorso di più indizj* viene riguardata dalla legge austriaca come affine all'altra prova risultante dalla *coincidenze di più specie di prove incomplete*, assumendo essa d'una e l'altra sotto la rubrica più generale di *prova composta*. (§ 278) Il concetto, di una tale affinità apparebbe nella legge austriaca eziandio dall'esservi chiamati *indizii prossimi* le prove incomplete. (§ 140). Tuttavia l'una prova e l'altra non hanno nulla di comune nell' intima loro natura, nè quella legge le ha ravvicinate in altra cosa, fuorchè nell'essere ambedue risultanti da più elementi probatorii *eterogenei* i quali si rafforzano a vicenda tra loro per la loro somma. La prova indiziaria consta di indizii, che sono *circostanze* del fatto accaduto, mentre la prova per concorso di *prove incomplete* consta di vere prove del fatto stesso, alle quali manca qualcuno dei requisiti essenziali alla loro efficacia. Così mentre dagli indizii risulta per la prima volta una prova, le prove incomplete sono già prove; e mentre l'unione dei primi conduce ad avverare la prova che essi possono fornire, il concorso delle seconde incomplete non serve che a ricavare una prova maggiore e più completa da altre di un merito inferiore. Da tale differenza il consegue eziandio, che mentre la prova indiziaria non può mai provare il fatto di cui taluno è imputato, ma soltanto la reità di costui, niente osta a che il concorso delle prove incomplete conduca eziandio a provare quel fatto. Questa essenziale differenza è riconosciuta dalla legge austriaca. (§ 278 *a*)

indizio, ma sì di particolari circostanze *accidentali* (1), le quali fanno credere che un individuo abbia dolosamente preso parte a qualche reato. Ond'è che si devono evitare i molti pericoli (2) portati dalla natura istessa della prova indiziaria, cioè, che i giudici chiamati a decidere (3) ubbidiscano ad una vaga impressione complessiva, generata sovente da ipotesi arbitrarie (4), da prevenzioni contro l'accusato, e dall'omissione dell'analisi delle singole circostanze di fatto, ovvero che nel decidere sieno governati dal loro temperamento, dalle loro abitudini e dalla loro individuale esperienza, senza tenere il debito conto delle presunzioni contrarie e dei contrarj indizj (5).

Dovendosi fondar la prova sugli indizj, trattasi di sapere:

1. se è constatato il materiale del reato, cui è diretta l'accusa (6):

2. se ogni indizio contiene una circostanza di fatto convenientemente provata:

(Vedi *Hye*, *Principii direttivi del proc. pen. aust.* Ed. ted. Vienna 1840, p. 305). Come prove incomplete per altro non possono mai valere le prove ordinarie a cui manchi non già un requisito accessorio, ma un essenziale. Così per es. nel proc. pen. austriaco due testimonii forniti di tutti i requisiti necessarii perchè si abbia da loro la piena prova testimoniale, ad eccezione di quello del giuramento, costituiscono colla concorde loro deposizione una prova incompleta (§ 140 3). Ma qui appunto la circostanza che distingue la prova testimoniale incompleta dalla completa, il giuramento, non può dirsi essenziale a quest'ultima, perchè non si riferisce alla vera fonte della prova, che è la capacità soggettiva dei testimonii. Non sarebbe invece incompleta, la prova testimoniale, che si volesse dedurre dalle deposizioni di due testimonii sforniti delle necessarii doti d'intelletto; cotali deposizioni non avrebbero nessuna efficacia probatoria. Ed infatti il § 132 del Regol. proc. pen. austr. esclude dal giuramento le *persone che siano affette da notevole debolezza della facoltà percettiva o della memoria, o che al tempo in cui dovrebbero giurare si trovano in tale stato fisico o morale, per cui non si possa attendere che abbiano una chiara coscienza delle deposizioni da confermarsi.* Ma per evitare, che l'esclusione di tali persone dal giuramento potesse indurre a credere, che negli altri rispetti le medesime siano ad uguagliarsi alle altre di cui quel § parla, e dalle quali si può ottenere la prova testimoniale incompleta di cui s'occupa il § 140, 3, l'autore della legge ve le nominò, richiamandosi (fra parentesi) al § 112, il quale toglie a sifatte persone il carattere generale di testimonii. (Ciò sia detto anche a complemento della nota (*) a pag. 92 di quest'opera, la qual nota (verso il fine) riesci incompleta nello stampato). (G)

(1) Per es. di una minaccia.

(2) Il modo difettoso e celere di votare in alcune corti di giustizia favorisce questo uso.

(3) Intorno a questi pericoli vedi la mia *memoria nell'archivio di Dir. crim.* 1844, pag. 455.

(4) Particolarmente pericolose nei reati politici.

(5) La mia *memoria nell' arch. di Dir. crim.* 1844, pag. 456.

(6) Ciò è riconosciuto anche dal Cod. bav. art. 43.

3. se avvi la necessaria connessione tra l'autore ed il fatto:
4. in qual modo l'accusato spieghi tal connessione:
5. se esista una vera pluralità di indizii:
6. se sia stata esaminata scrupolosamente l'individualità dell'imputato:
7. se abbianvi presunzioni, le quali rischiarino e completino la fatta conclusione, e in qual rapporto stieno colle presunzioni contrarie:
8. se il nesso di tali presunzioni si possa spiegare in un modo che escluda l'imputabilità:
9. e finalmente in qual rapporto stieno gl' indizii tra loro.

Ogni difetto che si verifichi intorno a questi capi fornisce argomento per la difesa dell'accusato. In particolare poi:

ad 1. se manchi la prova necessaria dei caratteri del reato, intorno al quale s' aggira l'inquisizione (1):

ad 2. *a*) se si può dimostrare che manca la prova del fatto (2):

b) o che è intervenuto un mutamento nell'oggetto principale (3):

c) o se il fatto, da cui si vuol dedurre un indizio, è provato esso pure per mezzo di altri indizii (4):

ad 3. se si può dimostrare che le conclusioni a cui si venne sono infondate (5): quindi,

a) che è assai fallace la legge (6), ovvero l'esperienza, dal punto di vista della quale, come da regola, si vorrebbe considerare il fatto (7):

b) che propriamente si concluse da una mera possibilità alla realtà (8):

c) che nel caso concreto non è lecito concludere dalla causa supposta all'effetto verificatosi:

d) che mancano i termini intermedii necessarii ad una logica deduzione (9):

(1) Per es. se alcuno è accusato d'omicidio per avvelenamento e non consta, che sia morto quegli del cui avvelenamento è imputato. Vedi la mia memoria nell'archivio di Dir. crim. 1844 pag. 571.

(2) Per es col mettere in dubbio che l'imputato si trovasse sul luogo del fatto, o che facesse una minaccia. A questo proposito trovano pure applicazione tutto gli amminicoli di difesa, notati negli antecedenti paragrafi, e somministrati dal difetto di prova.

(3) Locchè riesce importante, se presso qualcuno si fosse trovato un coltello, e si avesse motivo di sospettare uno scambio.

(4) Per es. trattandosi di inimicizie. Sulla efficacia di questa prova vedi la mia *Memoria nell'arch. di dir. crim.* 1844 pag. 874.

(5) Le conclusioni dedotte da pretese leggi della natura morale non sono meno fallaci di quelle dedotte dalle leggi della natura fisica.

(6) E qui è necessaria il più delle volte una prova tecnica accurata.

(7) P. es. a motivo della occasione favorevole a commettere il reato, in cui alcuno si trovava.

(8) Quando per es. il marito fosse imputato dell' omicidio della moglie, solo perchè veniva spesso ad alterchi con lei. Qui si deve mettere in chiara luce che non si può conchiudere dall'alterco all'intenzione di uccidere.

(9) Se per es, alcuno è sospetto di un reato solo per la cattiva sua com-

e) che ogni induzione possibile dal fatto avvenuto alla criminosità di esso, è distrutta da fatti contrarii (1):

ad 4. Altri amminicoli di difesa emergono, ove il difensore sappia giustificare in modo di togliere imputabilità la connessione sussistente tra il fatto su cui si fonda l'indizio e l'autore di esso; e per conseguenza qualora dimostri:

a) che il fatto non si verificò sotto un aspetto criminoso, e quindi cessa la presunzione di reità (2):

b) che manca la connessione tra l'imputato e l'oggetto fondamentale del fatto (3):

c) che si è fatto un altro uso legittimo del mezzo che si pretende sospetto (4):

d) che l'imputato addivenne in un modo legittimo al fatto che stabilisce la connessione (5):

e) che l'indizio ha un' origine diversa da quella che gli fu assegnata (6);

Ed eziandio nel caso in cui l'accusato non potesse pienamente giustificarsi, ovvero fosse convinto di menzogna e contraddizione, può il difensore scusare queste pecche (7):

a) adducendo lo stato di sorpresa e la confusione in cui si trovava l'imputato:

b) o la poca memoria che dell'oggetto conservava il suo difeso, a motivo della tenuità di esso, o del lungo decorso di tempo:

c) o l'impossibilità di provare convenientemente (8) la introdotta giustificazione, per la sua istessa natura (9).

pagnia, o per le sue cattive inclinazioni, perchè in questi casi avrebbersi appena degli indizj indiretti.

(1) Come sarebbe rispetto all'indizio della inimicizia, se l'accusato dimostrasse che egli si era già da lungo tempo riconciliato coll'ucciso.

(2) Per es. se riguardo all'indizio della prossimità di una persona al luogo del fatto, si potesse dimostrare, che essa doveva trovarsi in quel luogo, oppure soleva trovarvisi.

(3) Perchè per es. egli aveva venduto già da molto tempo ad un terzo il coltello trovato nel sangue.

(4) Per es. se alcuno adoperò il veleno comperato nella farmacia, per uccidere i topi.

(5) Se si prova per es. che l'abito rubato rinvenuto presso qualcuno, fu da costui comperato.

(6) Per es. se si fossero trovate macchie di sangue sul vestito, e si potesse provare che sono la conseguenza di flusso di sangue dal naso, o d'altro accidente.

(7) Il difensore deve tendere specialmente ad eliminare l'indizio, di sua natura assai fallace, che emana dalle contraddizioni.

(8) Quanto ai punti principalmente degni di considerazione nell'esame della connessione, vedi la mia *Memoria nell'Arch. di Diritto criminale* l. c. pag. 589.

(9) Per. es. quando alcuno si giustificasse col dire d'aver comperato un abito da uno sconosciuto.

ad V. Un mezzo importante di difesa sta nel dimostrare che non sussiste in fatto l'apparente pluralità di indizj, e che non si ha se non un fatto solo, da cui si vogliono illegalmente dedurre più conclusioni allo scopo dell'accusa (1), contro il principio, che una stessa circostanza di fatto non può essere messa a profitto che una sola volta per derivarne un indizio (2).

ad VI. A questo proposito il difensore può mostrare come quella relazione, da cui si vuol derivare un indizio, avuto riguardo alla individualità dell'imputato, non poteva essere un motivo di fargli commettere il reato (3), ovvero come un dato modo d'agire dell'imputato si spiega facilmente in guisa da escludere l'accusa, avuto riguardo anche alla di lui individualità (4).

ad VII. Somministrerà amminicoli di difesa l'addurre una presunzione, per la quale non si possa credere, che l'individuo sospetto potesse o volesse il fatto accaduto; epperò si accennerà *a*) al carattere morale, od alla precedente buona condotta dell'imputato, che allontanano da lui il sospetto del reato (5), *b*) si dimostrerà, che l'imputato aveva un interesse direttamente contrario all'avvenimento del fatto (6), *c*) o che in generale egli non vi aveva il minimo interesse (7), *d*) che all'imputato mancarono i mezzi alla perpetrazione del reato (8), *e*) che finalmente il contegno dell'accusato posteriormente al fatto distrugge ogni presunzione a suo carico (9).

ad VIII. Qui il difensore ha special debito di opporsi a quella du-

(1) Come sovente avviene nelle partecipazioni a società aventi per iscopo l'alto tradimento.

(2) Vedi la mia *Memoria nell'Arch. di Dir. crim.* pag. 579. *Kitka, Teorica della Prova,* pag. 376.

(3) Come sarebbe l'esuberanza di danaro. Vedi la mia *Memoria nell'Arch. di Dir. crim.* pag. 455.

(4) Ciò riesce spesse volte importante rispetto alle minaccie.

(5) Qui poi si dovranno tôr di mezzo i testimonj intorno alla riputazione, che fossero sfavorevoli. Quanto al modo con cui il difensore deve contenersi nell'investigare la riputazione dell' imputato, vedi la mia *Memoria nell'Arch. di Dir. crim.* Vol. I, art. I, n. 3. E quanto alle precauzioni da usarsi nelle relative conclusioni, vedi la mia *Memoria nell'Arch. di Dir. crim.* pag. 585.

(6) Per es. se alcuno venisse accusato d'aver ucciso un individuo, dal quale, finchè visse, egli ebbe sempre protezione. Qui vi ha un interesse contrario al fatto imputato.

(7) Quindi il difensore esaminerà tutte le spinte possibili a commettere il reato, come l'odio, un particolare interesse, un lucro condizionato alla morte di una persona, ecc.

(8) Avuto riguardo al luogo, al tempo, alle forze corporali, agli strumenti, ecc.

(9) Come se l'accusato dopo il fatto se ne stesse tranquillo secondo il solito, ne parlasse spassionatamente, ecc.

rezza (1), per cui ai dì nostri si vuol abbattere la teorica, detta della possibilità, col cercare le circostanze più remote per dimostrare in qualche modo un capo di accusa, mentre invece una molto semplice spiegazione si presenta più spontanea (2).

ad IX. V'ha luogo a difesa, se è possibile dimostrare: *a*) che le diverse circostanze ed i diversi indizj sono tra loro in contraddizione, *b*) se nel caso di apparente loro concorso, il difensore ne distrugge la connessione secondo la legge, *c*) se il concorso degli indizj proposti non conduce soltanto a quel dato reato (3).

= Anche le prescrizioni intorno agli indizj, date dal regol. process. pen. austr. (§ 279 e seg.) e dal regol. process. pen. moden. (art. 553) mostrano che i legislatori sono animati da queste nobili viste. Il dovere del difensore in questa materia è quello di opporsi alla parzialità della comprensione dei giudici, facile ad avverarsi intorno ad indizii, ed a quella non meno pericolosa dei procuratori di Stato, per cui essi tentano di dedurre conseguenze, di loro natura fallaci, da mere congetture, p. es. dal carattere, dal contegno dell'imputato. =

§ 43. *Amminicoli di difesa dedotti dalla prova della sussistenza e della qualità della prava intenzione.*

Essendo condizione essenziale all'applicazione della pena che (quando pure siasi raggiunta la prova del fatto e dell'autore) venga messa in luce e provata anche la pravità di intenzione, ne discende che le considerazioni e le indagini del difensore dovranno rivolgersi eziandio a questo punto. Qui riesce importante alla difesa conoscere, se ed in quanto sia constatata; 1. l' esistenza di una circostanza che dia fondamento all' imputazione in generale (vedi sopra § 28), 2. l'esistenza della pravità generica di intenzione *(Dolus)*, 3. l'esistenza di una intenzione diretta ad ottenere il determinato effetto verificatosi.

§ 44. A. *Amminicoli di difesa dedotti dalla analisi della prova della pravità d'intenzione in generale.*

Nella difesa diretta a dimostrare la mancanza della pravità di intenzione si deve anzitutto considerare, se il *Dolus* sia o no legalmente presunto dalla legislazione (*), a seconda della quale il difensore dee dirigersi. Nel primo

(1) Per es. in *Bauer*, *Teorica della prova indiziaria*, pag. 21.

(2) V. la mia *Memoria nell'Arch. di Dir. crim.* pag. 590-598.

(3) V. la mia *Memoria nell Arch. di Dir. crim.* pag. 587.

(*) Il Regol. del proc. pen. aust. 29 luglio 1853 stabilisce una vera presunzione del dolo, laddove ferma, che un imputato confesso del fatto, ma negativo del dolo, puo *ritenersi* convinto anche di questo, allorquando sia provato, che egli preparò l' occasione ed i mezzi a commettere il fatto, o cercò di rimuovere gli ostacoli alla esecuzione (§ 268); ma soggiungendo immediatamente a questa disposizione, che dal processo non debbano risultare circostanze e rapporti speciali, che lascino luogo a riconoscere ragionevolmente

caso il difensore sventerà con validi principj la presunzione della prava intenzione (§ 42) (*). Nel secondo caso (1) invece egli dovrà, nell'interesse dell'imputato, somministrare ai giudici decidenti i materiali necessarj per impedire, che essi ammettano nel caso concreto o la pravità d'intenzione, dimostrando, che dal complesso delle circostanze esistenti emerge verosimile tanto la negativa che di tale intenzione dà l'imputato, quanto la spiegazione giustificativa da esso prodotta. E il difensore raggiungerà tale intento, chiarendo *a*) dietro le circostanze di fatto, che l'accusato non avea l'intenzione di produrre quell'azione, *b*) che tutte le particolari circostanze escludono che egli neppure prevedesse l'azione medesima.

Le precipue prove in contrario, che il difensore può addurre in questa materia consistono:

1. nel mettere innanzi il carattere morale dell'accusato, il quale non lascia credere in lui possibile pravità di intenzione:

2. nel dimostrare che l'accusato non ebbe alcuna prava intenzione, e ciò dietro i motivi impellenti al fatto (2):

3. che egli aveva anzi un interesse affatto contrario alla prava intenzione supposta (3):

un' intenzione diversa, guarentisce dall' infondato uso di tale presunzione e schiude un largo campo alle contrarie dimostrazioni della difesa. Nel Cod. pen. austr. del 27 Maggio 1852 si trova pure qualche esempio di presunzione di imputabilità. Così p. es. il § 486 di detto codice presume la colpa negli oberati relativamente alla loro oberazione, di modo che incombe ai medesimi la prova di essersi ridotti per *mero infortunio* nell' impossibilità di soddisfare intieramente i loro creditori. Una siffatta interpretazione di questo § è pure ricevuta nella pratica dei tribunali. Vedi in proposito una decisione della Corte Suprema di Giustizia nel Giornale di Giurisprudenza pratica austriaca, che esce a Venezia, Anno 1857. num. 13-14. (G)

(*) Vedi L. 1, *Cod. ad leg. Corn. de sicar.* L. 8, *Cod. de jur.* Il Dir. pruss. § 402 e 403 presume in dubbio, la colpa. Il nuovo codice bavar. art. 43 stabilisce la *presumtio doli*. Vedi intorno a questa presunzione, *Grolman, Nella Bibl. del dir. pen.* Vol. I, art. 2, n. 3. *Feuerbach. Tratt.* § 60 e della *nuova ediz.* il § 87. *Kleinschrod, Prog. sistematico* I, § 50. *Tittman, Manuale,* Vol. I, § 104. Il mio *Manuale*, parte II, pag. 510. *Globig, Progetto di una scala dell' imputabilità,* pag. 22 e seg. *Grattenauer, Della difesa* pag. 167, e *Welker, Ragioni ultime del diritto, dello stato, e della pena* pag. 572 not. Vedi specialmente *Wening, nel nuovo Arch. di Dir. pen* Vol. II, art. 2, n. 9. *Borst, nello stesso Arch.* Vol. II, art. 3, n. 21. Nel num. 9, si dimostra che il diritto comune non stabilisce alcuna presunzione, e nel n. 21, che ciò è pur consono ai principj universali di Diritto. I nuovi codici penali non stabiliscono alcuna presunzione. *Breitenbach, Comm al Cod. pen. dell'Asia* II, pag. 46.

(1) Ciò accade anche nel Diritto comune, dove non si trova alcuna legale *presumtio doli*. Vedi le mie aggiunte I e II al *Trattato di Feuerbach,* § 87.

(2) Per es. se l'accusato fosse andato a caccia, ed avesse accidentalmente ucciso una persona, che egli prima non conosceva, ed alla cui morte non poteva avere il benchè minimo interesse.

(3) Come se qualcheduno avesse ucciso per caso il suo più diletto amico.

4. che la disposizione del suo animo esclude la pretesa pravità d' intenzione (1):

5. che le circostanze di luogo rendono inverosimile la pravità d'intenzione (2):

6. che l'imputato addivenne in modo legittimo all'azione da cui derivò il male (3):

7. che anche le circostanze, di tempo, e di luogo, provano non essere probabile il *dolus* (4):

8. che gli istessi mezzi adoperati escludono il *dolus* (5):

9. che il contegno dell'imputato durante il fatto allontana l'idea della pravità di intenzione (6):

10. che il suo contegno dopo il fatto depone a suo favore (7):

11. che il male accaduto non fu previsto, o fu un mero accidente (8):

12. che l' autore si trovava nell' esercizio di un' azione conforme alla sua professione, o persino di un'azione comandatagli (9).

§ 45. B. *Dall'analisi della prova della pravità d' intenzione diretta all'effetto verificatosi.*

Quand'anche spesse volte non sia possibile negare l'esistenza di una prava intenzione in generale, non si deve ritenere sciolta per ciò l'altra questione, in quanto il delinquente abbia avuto di mira il male verificatosi. Non di rado, anzichè impugnare il *dolus*, giova meglio alla discolpa dell'accusato il dimostrare, che egli non ebbe di mira il male effettivamente avvenuto. Nel caso in cui taluno si determini ad una azione volendo bensì

(1) Quando il prevenuto avesse un carattere pacifico, e fosse oltremodo timido.

(2) Per es. se alcuno scarica un'arma nella sua camera, e il colpo attraversando accidentalmente il muro coglie una persona.

(3) Tale sarebbe il caso in cui taluno trovandosi alla caccia insieme ad altri compagni, colpisce uno di loro mentre mira ad uccidere un lontano capriuolo.

(4) Per es. qualcuno si trova in lieta compagnia in un pubblico giardino, e mentre si trastulla con un fucile, uccide uno degli astanti.

(5) Come nel caso in cui un contadino dà uno schiaffo al suo famiglio per punirlo, ma con esso lo uccide. Qui si deve specialmente aver riguardo ai mezzi adoperati.

(6) Per es. quando taluno, ridendo e scherzando con altri su un pubblico mercato, si trastullasse con un fucile.

(7) Per es. se l'accusato, veduto appena il male avvenuto, chiamò soccorso, si adoperò egli stesso a rimediarvi, narrò subito il fatto ai presenti, e spontaneamente si denunziò al tribunale.

(8) Qualora taluno, a cagion d' esempio, danneggiò una persona, mentre stava abbattendo un albero, ommessi i segnali, oppure qualora taluno nel lottare per ischerzo con un altro, gettò a terra costui, il quale, cadendo su di un ramo appuntato, ne rimase offeso.

produrre un male, come sarebbe una ferita, ma dal suo fatto risulti invece una violazione del diritto assai più grave p. es., la morte la scienza fa uso dell'espressione *dolus indirectus* (1), oppure di quella più recente di *culpa dolo determinata* (2). Per la prima volta ai dì nostri fu (3) riconosciuta l'inopportunità di queste generali espressioni, le quali abbracciano casi i più svariati, e quindi conducono facilmente ad ingiuste decisioni. Anche la legislazione, sempre più si persuase doversi far di meno delle presunzioni di legge (4), dacchè il giudice deve accuratamente esaminare ogni singolo caso, ed allorquando da un'azione diretta a conseguire un effetto determinato propostosi dall'agente nacque un effetto ch'ei non ebbe di mira (5), doverglisi imputare a dolo il male propostosi, ed a colpa quello sopravenuto, ove rispetto a quest'ultimo si verifichino gli estremi di sua punibilità. La difesa sarà in questi casi diversa, secondo che la legislazione dello Stato stabilisca una presunzione di legge, oppure non ne stabilisca alcuna. Nel primo supposto il difensore dovrà cercare di distruggerla, e nel secondo, esaminando la specialità del caso, dimostrerà che non si può presumere dolo eventuale od indeterminato, o che mancano gli estremi necessarj alla punibilità dell' evento verificatosi. Ed in ciò la difesa può tendere a dimostrare:

1. che l'azione intrapresa dall'imputato non era idonea per sè a produrre quelle più gravi conseguenze, ma si fu diretta ad uno scopo affatto diverso dal reato effettivamente accaduto, il quale per conseguenza deve tribuirsi al caso, od all'intervento di circostanze (6) esteriori:

2. che, quantunque non si possa negare una prava intenzione in gene

(1) Vedi *Neltelbladt*, *Diss. de homic. ex intent. indirecta commisso.* Hal. 1756. *Eschenback. De dol. indirect.* Rostok, 1787. *Hof, Dei delitti commessi con intenzione indiretta.* Berlino, 1791; ed in contrario gli scritti di *Christiani*, *Püttmann*, *Eckard*. Vedi il *Trattato di Feuerbach*, § 59, not. e *Stübel*, *Sistema del diritto penale universale*. Vol. II, § 291 e 292, nelle note.

(2) *Feuerbach*, *Considerazioni sul Dolus e sulla culpa, nella Bibl.* Vol. II, art. 1, n. 5. Vedi anche *Tittmann*, *Manuale*, Vol. I, p. 288. — *Gönner*, *Revisione del Dolus*, pag. 14. *Stübel*, *Sistema del dir. pen. universale*, parte II, Pag. 78 e seg. *Tafinger*, *Sull' idea di una legislazione pen.* pag. 109 e 285. *Schulze*, *Norma per lo sviluppo dei principj di dir. pen.* § 1270. *M. Semmer*, *Considerazioni sul così detto Dolus indirectus.* Landshut. 1817. *Oersted*, *Delle regole fondamentali della legislazione penale*, § 37. *Meister*, *nel Nuovo Arch. di Dir. pen.* Vol. 106. *Bauer*, *Trattato della scienza del diritto penale* § 57. *Jarke*, *Trattato del diritto penale germanico.* I, pag. 200.

(3) Vedi la letteratura nelle mie aggiunte I. e II. al *Trattato di Feuerbach*, § 60. *Abbegg. Tratt.* pag. 140. *Luden*, *Manuale*, I, pag. 262. Sullo stato della legislazione, vedi *Breidenbach*, *Comm.* II. pag. 82.

(4) Come per es. nel Cod. bavar. nel Art. 41, 44.

(5) Cod. pen. dell' Assia. Art. 61.

(6) Se quindi qualcuno di notte penetrasse in una casa con un lume e vi rubasse, e il lume cadendo accidentalmente producesse un incendio, non vi essendo legale presunzione, l'incendio non potrebbe considerarsi come un fatto propostosi dall' agente.

rale, tuttavia la conseguenza di fatto non fu menomamente prevedibile, per essersi verificata contro il corso ordinario delle cose (1).

3. Indi la difesa potrà mettere in chiaro che l'intenzione dell'agente era ristretta ad un certo reato, e che l'agente non potè pensare al reato più grave, e che non lo volle. Locchè poi si dimostrerà,

a) mediante le peculiari relazioni di luogo (2), ovvero,

b) offerendo una piena controprova (3) diretta a dimostrare, che il maggior male intervenuto deve imputarsi solamente a *Culpa*, oppure,

c) facendo conoscere, che un puro caso imprevedibile, avveratosi contro la manifesta volontà dell'agente, fu cagione dell'accaduto (4).

4) A questo proposito importa parimenti alla difesa il propugnare, che non si hanno gli estremi necessarii per la punibilità della colpa (5), quand'anche si voglia riconoscere una incorsa negligenza rispetto al male avvenuto, perchè manchi il nesso causale che si richiede per la punizione delle azioni colpose, ovvero perchè l'effetto verificatosi appartiene a quegli accidenti, rispetto ai quali la colpa non è punita dalla legge (6).

5. Determinerà finalmente un modo particolare di difesa eziandio il così detto *Dolus generalis* (*), che alcuni codici penali ammettono, onde com-

(1) Per es. alcuno violò una ragazza, ma senza alcun maltrattamento personale. La ragazza, tormentata dalla vergogna e in preda all'affanno, muore dopo 14 giorni in conseguenza di una febbre nervosa. Sarebbe in questo caso da imputarsi la morte della ragazza a colui che la violò, in modo da applicargli la pena dell'uccisione? Vedi le importanti riflessioni di *Gensl*, *Osservazioni mediche al cod. pen. bavar.* pag. 28. 34 ed *Oersledt*, *Regole fondamentali della legislazione pen.* pag. 303. Sulla imputabilità in generale delle conseguenze delle azioni vedi il mio scritto, *Sullo stato odierno della legislazione pen.* pag. 142-148.

(2) Per es. se dalla direzione del colpo, o mediante testimonii, fosse provato che il prevenuto mirò ai piedi dell'avversario, il quale, abbassatosi all'istante preciso dello scatto, fu colpito nel dorso.

(3) Osservi qui sopratutto il difensore, non bastare la sola contro prova, che dimostri l'improbabilità del fatto controverso, e perciò non dover egli accontentarsi di concludere che il maggior danno *può* esser imputato a colpa, ma sì validamente provare, che *deve* essere imputato a colpa. Vedi su ciò le *Annotazioni al cod. pen. bavar.* I, pag. 182.

(4) Un esempio si avrebbe nel supposto caso che taluno volendo leggermente ferire un suo nemico caricasse il fucile con due soli pallini (ciò che si prova con testimonj), e che in seguito, a sua insaputa, un terzo vi aggiungesse due palle, per cui il tiro, il quale dapprima non poteva essere pernicioso, fosse poi riuscito micidiale.

(5) *Breidenbach*, *Comm. al Cod. d'Assia*, pag. 84.

(6) La questione diventa importante importante anche in certe specie di attruppamenti sediziosi, nei quali si passò ad azioni, a cui non pensavano dapprincipio i perturbatori della tranquillità.

(*) *Dolus generalis* è una espressione dei criminalisti la quale vien presa in più d'un significato. Il significato in cui sembra prenderla l'autore in questo luogo è quello di un *dolo*, in forza del quale furono commessi da taluno parecchi atti relativi all'esecuzione di un determinato fatto delittuoso, dei

minare (1) la pena del reato doloso anche a quei casi, in cui l'autore produsse un dato risultato, il quale non fu una conseguenza del mezzo da lui adoperato, non tenendo conto che di quel risultato. Il difensore dimostrerà che non si incontrano nel caso concreto quelle speciali presunzioni, di cui la legge fece conto (2).

§ 46. VI. *Amminicoli di difesa relativi all'applicazione della intera pena legale, secondo che il reato è consumato od attentato, e l' imputato è autore o complice.*

La pena minacciata in un Codice ad un determinato reato suppone che il fatto costitutivo del medesimo sia stato consumato, e che l'imputato ne sia l'immediato autore. Se quindi il difensore riesce a dimostrare che nel caso concreto non si verificano queste ipotesi, egli viene con ciò ad escludere la pena, che altrimenti troverebbe applicazione. Epperò la difesa sarà diretta a chiarire le cose seguenti:

I. che il fatto non era ancora consumato, e propriamente,

a) che il reato appartiene al novero di quelli, nella cui legale nozione entra l'idea di una determinata conseguenza od effetto, che questo effetto manca (3), od in ogni modo non si può legalmente ammetterne la consumazione (4);

quali atti uno solo compie il fatto, senza che l'autore pensasse precisamente che in quello solo dovesse risiedere una cotale efficacia (Nota 2. di *Mittermaier* al § 59 del Tratt. di *Feuerbach*). *Hye* porge ad esempio dei casi in cui sarebbe a discorrersi di un cotal dolo, quello di un uomo, che volendo uccidere un altro, lo serra così fortemente alla gola, da renderlo semivivo, ed ingannarsi, nel crederlo morto, mentre non è; e poscia, in tale credenza, getta il corpo dell'offeso, come per occultarlo, in un'acqua, nella quale esso trova realmente la morte. (Il Cod. pen. austr. illustr. Vienna 1855. p. 162.) Mittermaier afferma in altro suo scritto che il *dolus generalis*, di cui discorriamo, non merita approvazione nè dalla scienza, nè dalla legislazione, (Nota citata al *Tratt. di Feuerbach*), ed Hye osserva che il caso succitato non presenta agli occhi della scienza altra cosa, che un attentato d'omicidio congiunto ad una uccisione colposa. (op. cit. pag. 163). Per gli altri significati dell'espressione *dolus generalis* vedi Hye, *il cod. pen. austr. illustr.* Vienna 1855 pag. 160 e segg.

(1) *Cod. würtemb.* art. 56, *Codice di Baden*, § 88 *a*.

(2) La mia *Memoria nell'Arch. del dir. crim.* 1839, pag. 549. E *Breidenbach*, *Comm.* I, pag. 68.

(3) Cod. bavar art. 37 e 38 confr. coll' art. 57. Vedi osservazioni sui limiti dell' attentato nella mia *memoria nel Nuovo Arch. del Dir. crim.* Vol. III, art. 4, n. 27. Il difensore deve, siccome lo esige la natura delle cose, esaminar sempre, se il reato è di quelli nel cui concetto entrano determinati effetti e conseguenze di fatto, come sarebbe l' uccisione, ovvero entra un solo atto, come il furto. I primi, quando non siasi avverata la conseguenza richiesta, sono sempre attentati. *Breidenbach, Comm. al Cod. d'Assia.* II, pag. 103.

(4) La mia *memoria nel nuovo Arch. di Dir. crim.* Vol. IV, n. 1. E *Kettelhodt, De consummat. delict.* Goett. 1826. *Zacharia, dell'attentato*, I, pag. 20. *Breidenbach, Comm.* pag. 110.

b) che l'azione appartiene a quelle delle quali non si può per legge punire l'attentato (1);

c) che nel caso concreto non v'ha principio di esecuzione nel senso della legge (2);

d) che nel fatto avvi appena un attentato remoto (se ed in quanto la legge distingua tra attentato prossimo e remoto);

e) che l'attentato non è punibile per essersi adoperati mezzi assolutamente inidonei (3);

f) se la legge dello Stato ammette il così detto (4) *delictum perfectum* (intrapresa condotta a termine), si dimostrerà che nella fatti specie non si verificano gli estremi per tale ammissione; (*)

g) che l'imputato spontaneamente desistette dall'intrapresa (5).

II. Potrà dimostrare parimenti il difensore:

a) che l'imputato non fu l'autore intellettuale, avendo dato il consiglio, ecc. senza pravità di intenzione; (6) (**)

(1) Vedi la mia IV aggiunta al *Trattato di Feuerbach* § 42, e *Menzel* nel Giornale aust. *il Giurista* III, pag. 103.

(2) Il senso di questa espressione è assai controverso; vedi la mia VI aggiunta al *Tratt. di Feuerbach* § 42. *Weiss. Cod. pen. Sass.* I, pag. 136. *Breidenbach, Comm.* II, pag. III.

(3) Vedi la mia VII aggiunta al *Tratt. di Feuerbach*, § 42.

(4) L'esperienza non depone in favore di ciò *Hufnagel, Comm.* I, pag. 130. II, pag. 106.

(*) Nel Cod. pen. aust. la punibilità dell'attentato è ammessa, e parificata a quella del delitto consumato (§ 8), ma la pena comminata al reato consumato deve sempre applicarsi all'autore dell'attentato con mitigazione, (§ 8, 47, *a*). Attentato è poi per questo codice, non un mero atto preparatorio, ma un vero principio d'esecuzione, cioè è un atto il quale conduca di sua natura all'*effettiva esecuzione del crimine* (§ 8), e sia oggettivamente malvagio, (§ 11) Laonde l'attentato con mezzi assolutamente inidonei non vi è contemplato, nè punito. Non vi ha poi una pena speciale pel *delictum perfectum*, (delitto mancato), ma la mitigazione succennata della pena del crimine attentato è maggiore o minore, secondo che l'attentato fu più o meno vicino alla piena consumazione del fatto (§ 47 *a*). (G.)

(5) Vedi la mia V. aggiunta al *Tratt. di Feuerbach.* § 42. *Weiss. Cod. crim. Sass.* I, pag. 147.

(6) Cod. bav. art. 45. Confr. art. 46. Vedi *Stübel, Sul materiale dei reati* pag. 55. A questo riguardo deve essere principal cura del difensore di dimostrare che l'autore fisico era già deliberato da per sè solo. Troppo facilmente si crede autore intellettuale chi non è che complice. Vedi un *insegnamento* nel mio articolo nel nuovo *Arch di Dir. crim.* III, Vol. 1, n. 6, e *Kilka, Sul concorso di più imputati.* Vienna, 1840.

(**) La classificazione dei modi nei quali si può prendere parte ad un crimine è uno dei punti, nei quali il linguaggio della scienza e delle legislazioni è tuttavia vario ed incerto. — Il cod. pen. austr. si è attenuto in sostanza alla classificazione seguente. *Autore immediato o fisico* (*Thäter, Hauptthäter, Phisischer Thäter, Phsischer, Urheber*). *II. Autore mediato*, od

b) che l'autor materiale eccedette manifestamente i limiti del mandato dell'autore intellettuale; che il reato verificatosi non ha alcun rapporto con quello comandato, ovvero, fu espressamente escluso dall' autore mediato (1), o che il reato commesso non gli può in generale essere imputato (2);

c) e, quando pure la legge dello Stato punisse egualmente l'istigatore e l'autore materiale (3), che per gli speciali rapporti del caso codesto pareggiamento sarebbe ingiusto (4);

d) se dalla legge è stabilita una pena particolare per l'autore, che l'imputato non può considerarsi tale, perchè l'aiuto prestato da lui non fu di tal natura, che senza di esso l'autor materiale non potesse commettere il fatto (5);

e) che l'imputato fu soltanto complice, perchè il fatto principale (6) era

intellettuale, o *morale* (*Mittelbarer, Urheber, Anstifter, Aufwiegler*). *III. Complice* (*Mitschuldige, Gehülfe, Mithelfer*) nel senso insegnato da *Feuerbach*, di persona, la quale prende parte al delitto con atti, che per sè non lo eseguiscono, ma cooperano alla sua esecuzione, facilitando l'operazione dell'autore fisico, immediato. (*Tratt. del Diritt.Pen.* § 45). IV. *Partecipe*, (*Theilnehrner*) cioè colui, il quale dietro previo accordo cogli autori del reato, presta loro mano attiva dopo compiuta la esecuzione del medesimo, (§ 5). Chi senza tale accordo, porge aiuto od assistenza agli autori del reato dopo la sua consumazione, o trae profitto del reato consumato, non è pel cod. aust. reo dello stesso reato, ma di un reato speciale (§ 6). In quest' ultima disposizione è contemplata la reità del così detto *fautore*, o *favoreggiatore* di un crimine (*Begünstiger*), cui alcuni autori vorrebbero annoverare fra i complici e punire della pena comminata al crimine in generale, mentre il voto dei più accreditati criminalisti moderni si accorda pienamente colla disposizione del cod. pen. aust., che vede in quelle persone una reità affatto speciale. Lo stesso *Mittermaier*, fra gli altri, ha sostenuto questa dottrina nelle sue note al tratt. di *Feuerbach*. (§. 55 nota 11.) Il crimine speciale poi di cui il cod. pen. austr. fa reo il favoreggiatore di un crimine è contenuto nel crimine generale, di *ajuto prestato ai rei di crimine.* (Cap. 26. 2. 3. 4. Caso). (Vedi su questa materia *Hye. Il Cod. pen. austr. illust.* Vienna 1855. p. 226 e segg.)

(1) Cod. Bavar. artic. 48. Quanto a questo eccesso vedi *Kleinschrod, Sviluppo sistematico.* Parte I 1187 *Feuerbach, Critica del Saggio di Kleinschrod.* Parte II. pag. 146 e seg.

(2) Intorno a siffatta imputazione vedi la mia VII aggiunta al *Trattato di Feuerbach* § 46. *Breidenbach, Comm.* II pag. 233.

(3) Come accade nella maggior parte dei codici. Vedi la mia II Aggiunta al *Trattato di Feuerbach* § 140.

(4) Quando risulta che l'influenza dell'istigatore non fu l'unica causa del reato. Progetto bad. art. 107.

(5) Cod. bavar. art. 45. Il provare anche solo che l'autore fisico non avea bisogno del supposto autore morale, basta perchè si abbia un amminicolo di difesa. Intorno alla nozione del coautore morale vedi la mia II Aggiunta al *Trattato di Feuerbach* § 54.

(6) A cagion d'esempio quando l'imputato avesse dato un colpo a chi era già stato ucciso dal suo compagno.

già consumato, quando egli intervenne, o perchè per opera sua non ebbe luogo il fatto caratteristico del reato (1), o perchè fu sedotto dal vero autore;

f) che egli prestò soltanto un lontano ajuto alla preparazione e non alla consumazione del fatto principale (2);

g) che l'imputato non può essere punito, come complice, perchè in lui mancava una prava intenzione, e perchè la complicità colposa va impunita (3);

h) che essendovi nella legge particolari prescrizioni sul complotto (4) (*) nella fattispecie non ve ne furono gli estremi (5); che, supposto anche vi sia stato complotto, l'accusato non ha spiegata l' attività sufficiente a costituirlo membro del medesimo, e ad ogni modo non può ammettersi una parità di pena tra essolui e gli altri membri (6), sui quali egli ebbe una influenza troppo leggiera;

i) che l'imputato non può essere soggetto a responsabilità per aver ommesso di denunziare o di impedire il reato, sia perchè il reato stesso non è tra quelli rispetto ai quali la legge (7) fa un obbligo della denunzia, sia perchè l'accusato appartiene a quelle persone che per legge sono esenti dall'obbligo di denunziare o di impedire un reato (8) (**);

k) finalmente che l'imputato neppure si potrebbe dire fautore, perchè egli prestò appoggio ed ajuto dopo il fatto, senza alcuna pravità di intenzione, ed in generale senza aver notizia del reato, oppure perchè egli

(1) Per es. nello stupro, l' imputato non fece che tener ferma la ragazza, mentre un altro ne abusava.

(2) Cod. bavar. art. 36.

(3) *Breidenbach*, *Comment.* II pag. 355.

(4) Nel diritto comune il complotto non è punibile in tutti i reati. Su ciò vedi la mia II aggiunta al *Trattato di Feuerbach* 197.

(*) Avvi *complotto* (*societas delinquendi*) quando più persone mediante reciproca promessa di mutuo soccorso deliberano commettere un misfatto in comune, e si collegano alla comune esecuzione del medesimo (*Feuerbach Tratt. di diritto pen.* § 47) (G).

(5) *Breidenbach*, *Comm.* II pag. 296.

(6) Progetto badese, art. 112. Il mio articolo nell' *Arch. del dirit. crim.* 1839, pag. 465.

(7) Cod. bavar. art. 78 e 79. La questione, se vi abbia o no obbligo di denunzia è connessa alla teoria dei reati d'omissione. Senza una legge positiva che obblighi a qualche cosa, non vi ha mai omissione punibile. *Le mie aggiunte* al *Trattato di Feuerbach* § 49.

(8) P. es. perchè egli è uno dei più prossimi parenti dell'accusato.

(**) Nel Cod. pen. aust. 27 Maggio 1852 l'omissione di impedire i crimini, o di denunciarli, non è una specie di complicità comune a tutti i crimini, soltanto lo è in alcuni casi speciali espressamente indicati dalla legge. (Vedi i §§ 60. 61. 67. 92. 95 in colleganza coi §§ 213, e 215). L'obbligo di denunciare od impedire i crimini, pei quali l'ommissione della denuncia o dell'impedimento costituisce correità nei medesimi, non esiste però in detto codice pei prossimi congiunti del reo (Vedi § 216) (G).

appartiene a quelle persone, che non possono essere punite per tale ajuto (1); o perchè l'azione o l'omissione, per cui si vorrebbe punirlo, non è compresa a termini di legge tra quelle che rendono taluno penalmente responsabile di favoreggiamento.

§ 47. VII. *Amminicoli di difesa dedotti dall'esistenza di circostanze mitiganti.*

A) Quando si abbia ad applicare una sanzione penale assolutamente determinata.

Dacchè la scienza ha ognor più solennemente proclamata la necessità di lasciare al criterio del giudice almeno la possibilità legale di declinare da una sanzione penale determinata in modo assoluto, o di discendere sotto il minimo della pena in vista di legali circostanze mitiganti, quando pur non si voglia sciogliere il giudice da qualsiasi vincolo nella mitigazione della pena (2), e dacchè inoltre tutte le moderne legislazioni ammettono circostanze mitiganti, anche la difesa potrà sotto questo aspetto assumere una nuova ed importante direzione, a secondo che la legge,

I. dia facoltà (3) al giudice in generale di discendere al disotto del minimo della pena, o di declinare dalla pena ordinaria, allorquando perfino il minimo della pena sarebbe nel singolo caso sproporzionato alla gravità della colpa, pel concorso di molte ed importanti circostanze mitiganti; oppure

II. dichiari applicabili a tutti i reati alcune generali circostanze mitiganti (4); ovvero

III. solo rispetto ad alcuni reati dichiari essere l'esistenza di circostanze mitiganti motivo legale di diminuire la pena ordinaria (5); oppure finalmente

IV. stabilisca particolari circostanze mitiganti per quel singolo reato che forma l'oggetto della difesa (6).

Nel primo caso (7) la difesa si adopererà e dimostrare, che nella fatti specie le circostanze mitiganti sono di tal forza ed in sì gran numero, da ren-

(1) Cod. bavar. art. 85-89. Importa vedere in quale estensione la legge stabilisca l'esenzione di certe persone.

(2) Le leggi penali di Ginevra dal 1818 in poi non riconobbero alcun minimo; dicasi lo stesso del progetto del Cod. pen. ungherese del 1843. Nella nuova Legge ungarica del 1844 sulla falsificazione delle cambiali non è comminato alcun minimo di pena.

(3) Ciò accade nel Codice di *Brunswick* art. 62.

(4) Ciò accade nel Codice bavar. art. 9-106, nel cod. *Sassone* art. 62-64 nel *Wirtemberghese* art. 98-98, in quello di Assia art. 114-117.

(5) Questo sistema fu seguito specialmente dal Cod. Annoverese. V. la mia opera, *la Legislazione penale* I, pag. 98.

(6) Per es. pel crimine di opposizione. Cod. dell'Assia art. 176.

(7) E qui importa distinguere accuratamente tra loro le varie specie di pena. Quando il Codice abbia stabilito per un reato un' unica pena determinata nella specie e nel grado (pena assolutamente determinata), come accade

dere la pena ordinaria affatto sproporzionata alla reità dell'autore (1). Nel secondo caso il difensore additerà, che alcuna delle circostanze mitiganti, che la legge riconosce, si avvera nella fattispecie (2). Nel terzo caso fermerà che il reato, di cui si tratta, appartiene al novero di quelli, rispetto ai quali la legge permette una mitigazione della pena, o che in generale sussiste un titolo per mitigarla. Invece nel quarto caso egli metterà solamente in luce l'esistenza della circostanza mitigante ammessa dalla legge per quella particolare specie di reati. A questo riguardo i Codici riconoscono come particolari circostanze mitiganti:

1. per l'omicidio, la circostanza che l'interfetto abbia provocato l'uccisore con offese ed oltraggi illeciti (3), e

2. la circostanza che l'uccisore fosse al tempo del fatto in istato di ubbriachezza in quanto questa non tolga affatto la imputabilità (4);

3. le due suddette circostanze mitiganti valgono anche pel crimine e delitto di lesione corporale (5);

4. pel furto, la circostanza, che il ladro stesso, prima di essere sottoposto ad inquisizione, abbia spontaneamente e senza recare ingiusto danno ad un terzo, restituito la cosa rubata, o prestato soddisfacimento, oppure siasi consegnato spontaneamente all'Autorità (6) (*);

5. per l'appiccato incendio, la circostanza che l'imputato dopo aver dato il fuoco, pentitosi, abbia rimosso le materie incendiarie, ovvero dopo che il fuoco è scoppiato, lo abbia spento (**) mediante proprii espedienti, oppure

nel Cod pen. bavar. art. 146, 151, 157, 238, 233, 246, 248 ecc., essa non può immutarsi che nel caso in cui intervengano legali circostanze mitiganti Se invece è stabilito un *maximum ed un minimum* di pena, questa si calcolerà sempre dietro gli speciali rispetti del caso (art. 91-93 cod. bavar.) Ma queste norme non possono applicarsi alle sanzioni penali determinate assolutamente, le quali perciò non sono per es. mitigate dalla povertà, dalla seduzione, ecce (art. 93).

(1) Nel caso in cui per es. concorrono diminuzione d'imputabità, seduzione, stringente bisogno, ed altre simili circostanze.

(2) Per es. l'età giovanile.

(3) Cod bav. art 159 Cod. *Würtemb*. art. 243.

(4) Cod bavar. art. 152. Qui le parole: *ubbriachezza, senza colpa*, lasciano dubitare del loro senso, ma questo chiaramente si desume dall'art. 40.

(5) Cod. bavar. art. 185 e 360. Codice wirtemb. art. 342.

(6) Cod. bav. art. 228 e 227.

(*) L'autore ed i complici d'un furto o d'una infedeltà vanno esenti da pene secondo il Cod. pen. aust. del 27 Maggio 1852, quando essi medesimi, non costretti, benchè eccitati, abbiano risarcito per intiero il danno per essi recato, prima che il giudizio, od altra autorità, sia venuta in cognizione del loro reato. (§ 187).

(**) Il Cod. pen. austr. 27 maggio 1852 dispone: *se in un appiccato incendio l'autore stesso mosso da sentimento, s'è adoperato a tempo ancora opportuno, in modo che fu impedito ogni danno, egli dovrà andare immune da qualsiasi pena* (§ 168).

abbia impedito che il danno ulteriormente si estendesse (1).

Nel diritto comune la questione delle circostanze mitiganti è più spinosa. Sebbene non abbia meritato approvazione l'assunto di molti criminalisti, di sottrarre i delinquenti alla pena ordinaria coll' immaginare una moltitudine di circostanze mitiganti (2), locchè, se ebbe occasione dalla durezza delle antiche leggi penali, non procedeva però da alcun principio razionale, uopo è tuttavia riconoscere, che ai dì nostri si eccedette in senso opposto, e per soverchia paura di troppo concedere al criterio del giudice che si scambiò coll'arbitrio, lo si vincolò tanto da sbandir quasi ogni circostanza mitigante (3). Considerando l'intero organismo del nostro diritto criminale comune, ed il carattere speciale della *Carolina*, la quale in vari casi stabilì una pena assolutamente determinata, e ciò non ostante non volle escluso il criterio degli scabini, riflettendo alla natura stessa della legislazione penale, che sempre reclama l'applicazione di una pena proporzionata alla soggettiva reità; (4) si evince il principio, che tutti quei motivi, i quali, riscontrandosi nella loro pienezza escludono l'imputazione, devono diminuirla, quando agiscono con minor forza, poichè fanno argomentare ad una cognizione meno chiara della legge penale, e dell'indole dell'azione nell'animo dell'agente (5). Per l'applicazione di cosiffatte circostanze mitiganti non è necessario che la legge espressamente le nomini, mentre le altre circostanze mitiganti non possono dal giudice valutarsi come tali, se non quando egli ne abbia licenza dalla legge positiva (6).

§ 48. *B. Quando si abbia da applicare una sanzione penale relativamente indeterminata*

Le legislazioni moderne, convinte dell'impossibilità di sancire un'unica pena immutabile per tutti i gradi della scala della punibilità, nel desiderio di raggiungere costantemente la giustizia, stabilirono un massimo ed un minimo, tra cui il giudice debba commisurare la pena, secondo la natura di ogni singolo caso, penetrando lo spirito della legge, e tenendo conto di tutte le speciali circostanze di quello. Per tal guisa fu dischiuso al difensore un nuovo campo d'azione. Egli procurerà di mettere innanzi ai giudici

(1) Cod. bav. art. 253.

(2) Vedi intorno a ciò il *Tratt. di Feuerbach* § 100 e 101, confrontandolo con *Hepp, Saggio intorno ad alcune speciali teoriche del diritto penale*, N. 8. pag. 222.

(3) Vedi intorno a ciò la mia opera, *Sullo stato odierno della legislazione criminale in Germania* pag. 63. e l'altra mia opera, *Sulla legislazione penale* I, pag. 248.

(4) Le mie aggiunte I, III, al *Tratt. di Feuerbach* § 94. *Hepp, Comm. al cod. würtemb.* I, pag. 668. *Breidenbuch, Comm.* I, pag. 593.

(5) Vedi tra i recenti criminalisti, i seguenti, *Martin, Trattato* § 56 e 57, *Rosshirt, Tratt.* pag. 164. *Wächler, Tratt.* I, pag. 215. *Bauer, Tratt.* § 130. *Jurke, Manuale del diritto penale* I, pag. 308 e seg. *Abegg, Tratt.* pag. 155.

(6) *Hermann, nel suo Saggio*, pag. 112-144 ha troppo aumentato il numero

decidenti i materiali necessarii onde sappiano proporzionare in ogni singolo caso la pena alla reità. Ciò riesce tanto più importante in rapporto ai nuovi codici penali, perchè questi, di regola, lasciano una considerevole latitudine tra il massimo ed il minimo della pena, ed inoltre perchè l'imputato corre tanto più risico di soggiacere nella commisurazione della pena ad una durezza non voluta dall' istesso legistatore, quanto minore diligenza siasi impiegata durante l'inquisizione nello stabilire il fatto, dalla cui cognizione dipende l'estimazione della sua reità. Molto dipende da ciò, che la legislazione dello Stato, al quale appartiene il giudizio presso cui ha luogo la difesa, prenda in considerazione certi riguardi a seconda dei quali si debba commisurare (1) la pena relativamente indeterminata (2), ovvero abbandoni intieramente al giudice la commisurazione della pena (3). In quest' ultimo caso servono di guida al giudice le considerazioni nascenti dal principio generale di giustizia, che la pena deve essere proporzionata alla colpa, principio a cui anche il difensore deve mostrarsi fedele. Che se per converso il Codice prendesse a base determinate ipotesi nella commisurazione della pena, in allora spetterebbe al difensore dimostrare, che esistono motivi onde commisurare la pena secondo il senso della legge. E intento a tale difesa attingerà argomenti,

I. in parte dalla qualità dell'azione,

II. in parte dalla specie della illegittimità dell' intenzione.

Ad I. il difensore dimostrerà

a) che il danno, tenue in sè stesso, si è limitato ad una determinata persona, e non fu diretto ad un maggior numero di persone, nè secondo l' intenzione dell' autore, nè nel fatto dell 'esecuzione (4);

b) che la lesione del diritto, o il danno, fu per sè di nessuna importanza sicchè, α) non si lasci determinare quantitativamente (5), o β) sia transitorio (6), o γ) fu subito sanato, ovvero δ) fu pienamente risarcito (7).

delle circostanze mitiganti. Esse meglio si applicherebbero alle leggi penali relativamente indeterminate (§ 48).

(1) Come avviene nella legislazione del *Würtemberg* e dell'*Assia*.

(2) Confrontando le disposizioni del nuovo cod. bavar. art. 90-94 con ciò che *Feuerbach* aveva già stabilito nella revisione dei principj del Diritto penale positivo, Parte II, e nel *Tratt.* § 102-125, è forza convincersi che la teorica di *Feuerbach* si trasfuse nel codice bavarese, e da questo negli altri codici.

(3) Come accade nel Cod. sass. art. 42.

(4) Questa prova è importante per es. nell'appiccato incendio, nelle falsificazioni di monete e in altre azioni, alle quali va congiunto un pericolo generale; art. 244-245 e 388.

(5) Per es. nel furto.

(6) Per es. nel veneficio, se questo non ebbe per effetto che il vomito, oppure se il danneggiato fu ammalato un giorno solo.

(7) Quindi che non rimase alcuna traccia o conseguenza dannosa del male arrecato.

Ad II. Nei rapporti soggettivi, cioè in riguardo all' indole dell' intenzione il difensore deve cercare:

A) di distruggere le circostanze aggravanti, che importerebbero aumento di pena:

B) di addurre circostanze mitiganti:

C) di bilanciare tra loro tutte queste circostanze in modo favorevole all'accusato.

Ad A) il difensore mostrerà *a*) che non vi erano motivi repellenti, o che l'imputato non se ne accorse chiaramente, e che altre circostanze impedivano l'efficacia di tali motivi (1); *b*) che non vi erano ostacoli, che gli apparenti erano facili a togliersi per l'imputato, o soltanto accidentalmente si avverarono dopo che l'azione era già incominciata, sicchè non si possa arguire l'esistenza di alcuna causa aggravante; *c*) che le cagioni, apparentemente di poco conto, furono realmente gravi per l'imputato, o gli apparvero tali per altrui seduzione ecc; *d*) che, benchè l'imputato abbia commesso anteriormente reati, oppure sia stato in cattiva fama, ciò tuttavia non può causare elevamento di pena, perchè questa fama fu opera di nemici, o venne dall'imputato suscitata per mera sua leggerezza, o perchè l'imputato si è totalmente emandato, oppure perchè i suoi anteriori fatti non hanno alcuna relazione coll'ultimo avvenuto (2).

Ad B) il difensore *a*) mostrerà la presenza di motivi, i quali impedirono all'imputato di scorgere la piena punibilità di sua azione; quali sono: mentecattagine insita dalla nascita (benchè questa non liberi da ogni punizione), debolezza d'intelletto, grande irritabilità in conseguenza di gravi malattie, cattiva educazione, mali esempj, ubbriacchezza ecc.; *b*) additerà l'esistenza di seduzione, sopraffazione, e scaltra promessa *c*) si richiamerà all'opprimente necessità e miseria dell' imputato; *d*) alla occasione d'improvviso presentatasegli; *e*) dimostrerà gli effetti di una commozione d'animo accidentalmente insorta, ed atta a discolpare, p. e. della collera, eccitata da altrui offese; *f*) dall'antecedente condotta, e dal contegno dell'imputato dopo il fatto indurrà il tenue grado di sua corruttela, e la probabilità che si emendi.

(1) Per es. egli è un motivo di aggravamento l'aver taluno danneggiato un suo congiunto; ma se il difensore può dimostrare che l' aspro trattamento del congiunto verso l' imputato avea tolto in riguardo di quest' ultimo ogni efficacia al legame di parentela, quel motivo sparisce.

(2) Ove si sappia, quanto sono indifferenti e trascurati gli inquirenti massime coi testimonii *de fama*, si procederà in questo proposito con doppia attenzione. Può darsi, per es., che i testimonii parlino in modo equivoco di una persona, perchè dessa è implicata in rapporti amorosi; ciò non fonda alcuna sinistra presunzione, e se per es. taluno fu processato *puncto falsi*, di cui i testimonii depongono in detto modo, certo non si potrà aggravare per questo la pena secondo l'art. 92, IV. Vedi anche *Breidenbach*, *Comm.* II, p. 640.

Ad C) il difensore proverà: (1) *a*) che un dato motivo di elevare la pena vien distrutto da molti altri motivi attenuanti, nè merita quindi alcun riguardo: *b*) che, secondo una regola generale di diritto, devesi sempre pronunziare e calcolare a prò dell' imputato: *c*) che, attesa l'importanza di un singolo motivo di mitigazione, la pena vuol essere abbassata al minimo grado.

Il difensore deve in generale opporsi alla funesta propensione frequente nei giudici, di riguardare la pena media tra la massima e la minima, quale pena normale, mentre le singole ragioni influenti nella commisurazione della pena, non vogliono già essere numerate, ma sì ponderate secondo l'intrinseca loro gravità (2). Per conseguenza un peculiare motivo di diminuzione di pena può sovente aver tal virtù, da far discendere egli solo la pena *al minimùm*, e perfino al dissotto di questo. La missione del difensore è quella assai nobile di additare mediante l'esposizione di tutto il complesso delle circostanze accessorie, sulle quali si fonda l'imputazione, che il caso, in cui egli difende, appartiene ai leggieri, nei quali giustizia vuole che si applichi una lieve pena.

(1) Bisogna guardarsi dal prendere per causa aggravante la sola mancanza di una causa attenuante.

(2) V. il mio articolo *nell'Arch. del Dir. crim.* 1839 p. 175. *Breidenbach*, *Comm.* p. 658.

SEZIONE III

DELLA PREPARAZIONE DEL DIFENSORE ALLA DIFESA.

§ 49. *Mezzi preparatorj.*

Soltanto la più esatta cognizione di tutti i rapporti del singolo caso penale rende possibile l' indagine di ogni motivo di difesa. Pertanto, egli è dovere del difensore di apparecchiarsi nel più completo modo al suo ufficio (1), *a*) coll'esaminare il caso di che si tratta in tutti i suoi caratteri distintivi, *b*) col ricercare gli argomenti che stanno contro l'imputato, *c*) col far raccolta dei materiali opportuni alla difesa. Ora, siccome 1. i fondamenti dell'imputazione, le circostanze concernenti la vera indole del delitto, ed i risultati del processo si contengono tutti negli atti dell'inquisizione, dietro ai quali eziandio si determinano i giudici decidenti, e siccome 2. trattandosi di esaminare la pienezza e credibilità degli atti, l'incolpato, il quale ebbe parte all'inquisizione, può dare nel miglior modo schiarimenti e giustificazioni, così offronsi al difensore quali mezzi preparatorii alla sua difesa I. lo studio degli atti, II. il colloquio coll'imputato, III. l'informazione stragiudiziale. Non occorre dimostrare che l'opera del difensore ha un molto miglior fondamento, ed un più degno indirizzo nel processo pubblico, dove il difensore non ha necessità di attenersi agli atti, non sempre fedeli, e sempre troppo asciutti interpreti, ma prende parte egli stesso alla trattazione, e con domande ai testimonii può far sì che i giudici decidenti riescano a conoscere il caso completamente, e nel suo vero aspetto, abbracciando eziandio tutti i momenti della difesa (2). — Se nel processo orale sembra che il difensore abbia meno bisogno dello studio degli atti, perchè in esso

(1) *Stübel, Proc. crim.* § 2333.
(2) *Bauer, Massime.* § 213.

non si tien conto che dei risultati dell'orale trattazione, tuttavia anche in questo processo lo studio degli atti non è a trascurarsi, dacchè la pratica ha dimostrato, che nella sessione orale i presidenti sogliono porre dinanzi all'imputato ed ai testimonii le deposizioni discordi che, per avventura, avessero fatte durante il periodo inquisizionale, e perchè nei casi in cui i testimonii sentiti durante l'inquisizione non possono più comparire nella sessione, le loro deposizioni si ammettono anche in questa quali si trovano negli atti, sicchè il difensore debba studiare i medesimi per correggerli o confutarli.

1. STUDIO DEGLI ATTI.

§ 50. *Regole generali.*

Se il difensore vuol ricavare tutto il vantaggio possibile dallo studio degli atti, egli deve col loro mezzo 1. porsi in piena cognizione di tutti i fondamenti dell'imputazione in generale, e del modo con cui furono provati quei fondamenti, 2. esaminare l'andamento del processo in generale, 3. indagare tutte le lacune nella prova, tutte le indicazioni difettose, e 4. notare tutti i motivi che l'imputato stesso ha già esibito a sua discolpa.

Egli è pur d'uopo che il difensore 1. legga completamente e convenientemente gli atti, e poscia 2. raccolga e prepari opportunamente tutti i materiali necessarii alla sua difesa. Le regole generali che seguirebbe ogni uomo accorto nella lettura degli atti sono a raccomandarsi anche al difensore. Egli è bene che il difensore legga dapprima gli atti rapidamente e di corsa (1); onde sapere di che in generale si tratti, quale sia il caso proposto, ed a che si voglia specialmente avere riguardo, dappoi esamini attentamente ciascuno dei costituti, e le singole deposizioni, facendo estratti degli atti (2) intorno ad ognuno di tali punti. Egli è quest'ultimo un ottimo espediente, mediante il quale il difensore si vede dinanzi raccolti insieme gli argomenti che giacciono dispersi negli atti, se ne agevola la rivista, e guadagna tempo col non essere più costretto in seguito a prendere sempre fra mano l'intiero rotolo degli atti. Giova eziandio che il difensore noti su fogli appositi tutti gli argomenti, nel modo in cui si connettono tra loro, ed iscelga altrettanti fogli quanti gli si presentano rispetti importanti, e generali, o punti di vista su cui vuolsi portare speciale attenzione.

§ 51. *Riguardi speciali.*

Il difensore, che voglia fare acconci estratti degli atti, porrà attenzione

(1) *Gönner, Pratica giuridica,* § 241. Vedi *Gensler, Guida alla pratica giuridica,* § 40. *Bauer, Guida alla pratica criminale,* § 63.

(2) *Hommel, Guida al far estratti degli atti giudiziarii* III. *Meister, Tratt.* p. 281. *Puchta, L'uomo d'affari negli oggetti della pratica del diritto privato,* p. 96. *Gensler, Guida,* p. 45.

a certi punti che gli dovranno servire di guida nell' elaborazione della difesa e dietro quelli redigerà gli estratti. Pertanto 1. egli osserverà dapprima complessivamente tuttociò che concerne l'andamento del processo. Rimarcherà poi 2. quanto si riferisce allo stato di fatto. 3. Noterà gli argomenti che si trovano negli atti in appoggio della reità del suo cliente, e propriamente i singoli mezzi di prova accanto ai fondamenti dell'imputazione, scrivendo su di un apposito foglio tutti gl' indizii. 4. Nei casi in cui insorgono dubbii intorno all'intenzione dell'agente, osserverà tutti gli argomenti, che sembrano giustificare l' ammissione della prava intenzione. 5. In separato foglio noterà tutti i difetti nella forma, tutte le ommissioni da parte del giudice, tutti gli atti o le interrogazioni illegali. 6. Un apposito foglio sarà pur destinato alla nota dei motivi che indeboliscono la credibilità d'un mezzo di prova (1), 7. ed un altro all'osservazione d'ogni difettosa indicazione, 8. Parimenti devesi assumere nota in un apposito foglio ogni qualvolta si presenti un argomento che di mostri l' impunibilita totale dell' imputato, oppure 9. un argomento di diminuzione della pena ordinaria, (2).

§ 52. *Prescrizioni di legge relative all'uso degli atti.*

Da molto tempo si è fatta domanda fra noi, in quale misura si debba accordare al difensore l' ispezione degli atti, nel che fu sempre vaga la pratica del diritto comune (3). Si presero argomenti dagli abusi onde sostenere che mediante l'ispezione il difensore può facilmente falsificare gli atti, o sopprimere rilevanti documenti, e l'imputato istruirsi degli indizii che militino contro di lui. (4) Ma i possibili abusi non porgono argomento, vogliono soltanto limitazione e prevenzione ; il motivo poi che l'imputato potrebbe sapere qualche cosa, è fondato su d' un' asserzione contraddicente all'essenza del processo (5), ed è conseguenza d'una biasi-

(1) V. regole in proposito nel *Tratt. di Meister*, p. 251. *Klaproth, proc. somm.* § 552. V. anche *Hermann, Guida alla difesa*, p. 9. *Wolters, sulla difesa*, p. 27. *Hermann, Saggio*, § 25.

(2) Per es. relativamente ai testimonii, se qualche cosa venne deposto sul carattere d' un testimonio.

(3) La circostanza, che il difensore non ha di solito in sua mano gli atti mentre sta elaborando la scrittura di difesa, e deve in quella vece scorrerli nel locale del giudizio, rende doppiamente necessarii opportuni estratti. Dell'estensione e del modo di estrarre decide la memoria e l' individualità del difensore. V. un esempio in *Gerstäcker, Istruzione*, I, p. 255.

(4) *Granz. def. inq.* c. 5. N. I, N. 55. *Carpzov, qu.* 115, N. 102. *Meister, Tratt. del proc. pen.* p. 248. *Quistorp, Mass.* § 657. *Bülow e Iagermann, Dissertazioni pratiche,* Vol. I, *dissertazione* 29. *Tittmann, Man.* III, § 810. *Stübel, proc. crim.* § 2238, ecc,

(5) E fino a quando si udrà dire in Germania: che l'imputato non deve mai conoscere i suoi argomenti di discolpa? La troppo gelosa secretezza del processo comune germanico si accorda difficilmente colla tanto decantata umanità nel nostro secolo. Vedi *Stübel, proc. crim.* § 2542.

mevole opinione per cui gli inquirenti credono tuttavia di indurre più prontamente il reo alla confessione mediante la segretezza della procedura, e per cui antiche leggi (1) e l'uso (2) del foro, soltanto con maggiori o minori restrizioni, accordarono al difensore l'ispezione degli atti. Per le moderne leggi (3) il difensore ha facoltà di domandare l'ispezione degli atti, se non che per evitare gli abusi esse prescrivono sovente: *a*) che l'ispezione degli atti debba aver luogo nella sala del giudizio (4), e *b*) alla presenza d'una persona giudiziaria giurata (5). Quando la prima di queste due restrizioni non occorra nella legislazione, il difensore, che non sia un legale assegnato al giudizio, debbe avere facolta di domandare che gli atti gli siano comunicati nella casa propria onde ispezionarli (6), allegando rilevanti motivi di una tale domanda. Sempre però al difensore, che abita lontano dalla sede del giudizio, vuolsi concedere di far uso degli atti in sua casa, mandandoli al giudizio, nel cui circondario egli risiede (7). Il difensore deve pur sempre insistere perchè tutti gli atti del processo gli vengono comunicati (8), nè alcuna eccezione (9) può in questo riguardo essere giustificata.

(1) Vedi cap. 24. X, *de accus.* art. 73. CCC.

(2) Solitamente si fa differenza fra la difesa principale, e la preparatoria, non accordandosi l' ispezione degli atti in quest' ultima. *Reinmann de elem. ad judic. actis ad formam. inq. Erford.* 1771. *Bülow, l. c. p.* 149. Vedi però il mio *proc. pen. germ.* Parle II, p. 87.

(3) Cod. bavar. art. 145. Dir. crim. pruss. § 451. Reg. del proc. pen. virtembergh, § 256. Eziandio i moderni progetti di legge di *Eggers*, § 2007, di *Tillmann*, § 2411. Il cod. pen. franc, art. 302-305 concede per verità all'accusato il diritto di conseguire copia dei *pièces* principali, ma con restrizioni poco degne di approvazione, 1) che la copia non si dia che a spese dell' accusato, 2) che, se molti sono gli accusati, non si conceda loro tuttavia che una copia sola per tutti.

(4) In parecchi ufficii, dove non vi ha che una stanza decente, dove regna costantemente inquietudine e rumore, ciò potrebbe tornar difficile al difensore. Il dir. crim. pruss. § 451, permette che si consegnino gli atti al difensore per tre giorni in sua casa, quando egli sia pubblico funzionario.

(5) Cod. bav. art. 145. Pel diritto bavarese ciò deve aver luogo nel locale del tribunale.

(6) Si pensi ai casi in cui il difensore si ammala d' improvviso, nè può uscire di casa, ma tuttavia può qui lavorare. Se in tali casi si volesse deputare d' improvviso un nuovo difensore in luogo di quello ciò che si è già sofficientemente preparato, si commetterebbe una soverchia durezza per l'imputato, e si cagionerebbe una soverchia dilazione.

(7) Il reg. del proc. pen. wirtembergh. lo concede, ove particolari circostanze richiedano una eccezione. *Holzinger, Comment. al regol. processuale crim. virtembergh.* I, p. 683. *Scholz, nel Giornale di Jagemann pel proc. penale.*

(8) *Boehemer* ad art. 47, CCC. § 6. *Tillmann, Man.* III, p. 440. V. anche *Sartorius e Zurhein, Casi di diritto*, I, p. 439.

(9) Secondo *Tillmann, Man.* si dovrebbe fare eccezione nel caso, in cui il

Laddove è accordata la difesa onde rimuovere l' inquisizione speciale, si contesta ancor più il diritto del difensore di domandare l' ispezione degli atti inquisizionali (1), onde prepararvisi.

Assai penosa è la condizione del difensore, quando il giudizio gli accordi l' ispezione degli atti, a patto che non ne faccia partecipazione alcuna al cliente (2).

= Nelle più recenti legislazioni è concessa libera ispezione degli atti al difensore, almeno in quanto ciò sia necessario a predisporre la difesa (3).

II. COLLOQUIO COLL'IMPUTATO.

§ 53. *Utilità del medesimo.*

Il più fedele studio degli atti non porrà ancora il difensore in istato di decidere della integrità e della genuinità del loro contenuto. Soltanto l'imputato stesso, il quale conosce il fatto in tutte le sue cagioni determinanti ed in tutte le sue circostanze, e sente benissimo i proprii motivi di discolpa, e fu l' oggetto delle inquisizioni giudiziali, potrà fornire al difensore i più importanti schiarimenti (4). Il carattere stesso del difensore, di fidato consigliero dell' imputato (5), ne esige il colloquio col medesimo, perchè l' imputato può ben svelare ad un amico destinato alla sua salvezza, cose, che altrimenti terrebbe segretissime, ed altre allora soltanto può indursi a svelarne, quando in conveniente modo ne venga richiesto, o sia fatto accorto dell'importanza loro, il bene scorgere la quale è possibile solamente ad un giureconsulto. Molte rilevanti ragioni (6) esigono pertanto che al difensore si accordi l'abboccamento coll'imputato, 1. mentre in questo modo viene introdotta

sospetto contro l'imputato è così grave, e la cosa così dubbia che si debba dare incarico al giudice, di investigare in segreto alcune particolari circostanze. Ma tostochè gli atti furono chiusi, quello non può più essere un motivo sufficiente.

(1) *Iagemann, Spiegazioni pratiche* I, pag. 149. *Bepp, nel giornale di Sagemann.* III, p. 85.

(2) Ognuno, che abbia già difeso, sa che quest'obbligo non può bene adempirsi, senza che il difensore si trovi in una assai equivoca posizione in faccia al suo cliente.

(3) = Pel regol. proc. pen. aust. del 29 luglio 1853 soltanto i protocolli di consiglio, i referati, le proposte del procuratore di Stato nelle sedute segrete non possono ispezionarsi dal difensore (§ 218). L' ispezione degli atti è accordata anche nel regol. proc pen. della Sassonia reale, § 42. V. *Arnold nell'Arch. del dir. crim.* 1856, n. VI. =

(4) Vedi *Meister. Tratt.* p. 283.

(5) Vedi però intorno alla differente natura dell'istruzione dell'avvocato nel proc. civ. *Stübel proc. crim.* § 2234 ecc.

(6) Vedi argomenti contro la necessità del colloquio in generale, in *Biedermann, Sulla necessità di ammettere difensori al colloquio, nell'Arch. del dir. crim.* Vol. 2, art. 3, n. 7; ed in contrario le osservazioni di *Klein.* Vedi anche *Globig, Sistema del proc. giudiz.* p. 234, not. **

una controlleria al giudice inquirente, che, trattenendo costui dall'andar troppo oltre per tema di essere scoperto, influisce in modo vantaggioso sul buon andamento di tutto il processo. 2. Non è possibile essere convinto dell'integrità ed attendibilità degli atti inquisizionali senza quell'abboccamento, perchè sovente il giudice animato anche della migliore volontà non può facilmente scovrire gli argomenti. dell' innocenza, nè l' imputato conosce gli atti, ed i mezzi di prova e gli indizii ivi contenuti, e pertanto non se ne può giustificare. 3. Molti punti rilevanti pel difensore non sono di solito neppur toccati negli atti, come per esempio l' educazione e le cause impellenti al delitto. Solo il colloquio nè può fornire notizia, e così sciogliere più d'una dubbiezza del difensore. 4. La fiducia dell'imputato nella persona che vede destinata a sua difesa, gli inspira coraggio, e promuove in lui una certa disposizione dell' animo favorevole alla verità, per cui il difensore può riescire alla piena cognizione di ciò che egli ha a difendere. 5. Finalmente soltantola esatta osservazione dell'imputato dà al difensore la possibilita di decidere dell'imputabilità del medesimo.

Gli argomenti derivati dai soli abusi e da infondatesupposizioni, offensive ai difensori, (1) contro la necessità del colloquio, non hanno d'uopo di seria confutazione (2).

In tutti i casi, e segnatamente ogni qualvolta il difensore *a)* non trovi negli atti materia per la difesa, sicchè non voglia lasciare intentato almeno l'estremo rimedio, oppure *b)* presuma che il giudice abbia raccolte le prove in modo illecito, o *c)* quando si trovino considerevoli lacune negli atti, che non si possono altrimenti riempiere, il colloquio non dee venir trascurato (3). E quando il difensore debba favellare davanti ad un uditorio in pubblica seduta, il colloquio, gli sarà particolarmente utile perchè solamente dall' imputato egli potrà ottenere parecchie importanti notizie intorno ai punti dell'accusa, ed ai testimonii da citarsi a favore della difesa ed in generale intorno ai materiali della prova di discolpa, e perchè egli potrà altresì concertarsi coll' imputato intorno al piano della difesa.

§ 54. *Prescrizioni di legge sul colloquio.*

Dato che la legge accordi il colloquio, si domanda, in qual modo egli si debba ordinare affinchè corrisponda al suo scopo, e segnatamente si domanda, se vi sia necessaria la presenza d'una persona giudiziaria. Non avendosi in questo proposito alcuna prescrizione legale nel diritto

(1) Non si può disconoscere che sovente l' abboccamento è superfluo; intanto si può affermare con certezza, che non lo si deve mai rifiutare al difensore, che lo dimandi, e che il difensore non deve trascurarlo mai, perchè egli non può mai sapere prima, quali materiali ne potrà ricavare.

(2) V. *Grollmann, Mass.* § 809. *Tittmann: Man.* III, p. 442.

(3) *Stübel, proc. crim.* § 2330-2332.

comune, oscillante era la pratica del foro, mentre alcuni giureconsulti (1) sostenevano la necessità del colloquio senza intervento di persona giudiziaria, allegando che solo in sifatto colloquio l' imputato può avere piena fiducia nel difensore e tutto liberamenie svelargli, locchè in presenza di giudice appena sarebbe supponibile, altri (2) all' incontro esageravano il pericolo nascente da un colloquio non soggetto ad immediata controlleria, potendo in esso il difensore dare illeciti consigli, e mettere in pratica illegali espedienti. Tutte le moderne legislazioni hanno accordato il colloquio, alcune (3) alla presenza del giudice, altre coll'intervento d'una persona giudiziaria, che però non sia stata nè inquirente, nè attuario nel processo d' inquisizione (4), altre ancora senza l'intervento di alcuna persona giudiziaria (5). Non v'ha dubbio però che ogni legislazione, la quale non voglia direttamente incagliare la scoperta dell'innocenza, debba concedere il colloquio fra il solo difensore e l'imputato, poichè costui, il quale nel primo abboccamento suol essere assai riservato col suo difensore, non accorderà mai piena fiducia al medesimo, se poi veda presente una persona del giudizio. E per verità non di rado l'imputato ha di che lagnarsi dello sconveniente ed illegale contegno dell'inquirente. Come può credersi che egli, timido, e per la sua stessa posizione proclive ad una certa diffidenza, e che forse non ha mai prima d'ora personalmente conosciuto il difensore deputatogli dal giudice, vorrà comporsi a fiducia, e risolversi ad esporre le sue doglianze in presenza di quella terza persona o del carceriere? Si danno eziandio casi, in cui l'imputato vorrebbe fare al difensore confessione sopra certi

(1) *Granz, Def. inq.* p. 347. *Heil, judex et defens,* p. III. *Meister, Tratt.* p. 284. *Quistorp, Massime* § 657. *Selchouv, Tratt. del dir. pen.* § 657. *Klein. Necessità del colloquio nell' arch. del dir. crim.* Vol. II, art. 2, n. 9. *Martin, Proc. crim.* § 51. *Hurlebusch, Spiegazione di alcuni punti del dir. civ. e crim.* Fasc. 1, N. 11, p. 8. *Weber, nel nuovo Arch. del Dir. crim.* p. 330. *Bauer, Guida* § 64.

(2) *Thoeniker, advoc. prud.* cap. VI. p, 20. *Klaproth, Massime del proc. somm.* § 552. *Boehmer, ad. art.* 14. § 2. CCC. *Biederman, l. c.* p. 104. *Tittmann, Man. l. c.;* assai acuti argomenti porge *Stübel nel proc. crim.* § 2255. ecc.

(3) Per es. dir. crim. pruss. Il dir. francese tace, se il colloquio accader debba con o senza la presenza di una persona del giudizio. (art. 302). Da una decisione della corte di cassazione (*Arrêt* del 12 luglio 1810, v. *Bourguignon, Jurisprud.* II, p. 20) risulta che il colloquio suolse già aver luogo alla presenza del carceriere, ma ora l'uso del foro lo concede senza intervento di terze persone.

(4) Per es. una legge bavar. del 15 Ap. 1810.

(5) Il Cod. pen. bav. art. 145. Nel Baden una legge del 5 dicembre 1825 permette il colloquio senza la presenza di persona del giudizio: del pari il regol. dei proc. pen. bad. del 6 marzo 1845. Ugualmente il regol. giud. crim. meklemburgh. § 51, la legge meklemburghese del 8 Gen. 1839 § 22 ed il regol. proc. pen. wirtembergh. § 257.

punti taciuti nei costituti, ma si guarderà bene dal farla quando non sia solo con lui. La sola possibilità che un imputato si esprima nel colloquio non abbastanza francamente, se vi è presente una persona giudiziaria, deve determinare la legislazione, a lasciar che il medesimo avvenga senza alcun testimonio. E chi mai potrà credere ad un aumento della dignità del ceto degli avvocati, quando il legislatore li perseguiti ovunque con una offensiva diffidenza? Anche l'opinione di molti (1), che nel diritto comune dipenda dal giudice il modo con cui egli voglia accordare il colloquio, puossi appena giustificare, perchè dovunque la legge non appose restrizione di sorta, il giudice non può permettersene alcuna, che sia contraddicente all'essenza di una istituzione. Che se egli non conosce abbastanza il difensore eletto dall'imputato, deve o respingere questo difensore, ovvero, ammesso che lo abbia, avere in lui la debita fiducia. Il difensore però al quale, in un paese, in cui la legge accorda il colloquio senza alcuna restrizione, ne venga ciò non ostante imposta alcuna, tutto deve porre in opera a fine di rimuoverla col mezzo di rimostranze e gravami fino alla suprema istanza.

= Le più recenti legislazioni accordano il colloquio del difensore coll'imputato esente da ogni restrizione (2). =

§ 55. *Scopo del difensore nel colloquio.*

Grande essendo nel colloquio la tentazione del difensore di alleviare in ogni possibile modo la difesa, ed allettante l'occasione di ciò fare, torna opportuno che egli si ricordi durante il medesimo de' suoi costanti doveri (3), che egli sia in pari tempo consigliero dell'imputato, e suddito e servo della legge. Quest' ultimo riguardo esige, che egli non usi alcun mezzo illecito con cui si nuoca alla verità, e si distrugga l'opera dell'inquirente, difficultando l'inquisizione (4), che ei non gli smentisca

(1) Per es. *Tittmann, Mann.* III, p. 443.

(2) = Anche il regol. del proc. crim. austr. accorda il colloquio senza intervento di alcuna persona del giudizio, (§ 218). Nel regol. proc. crim. della Sassonia reale (§ 42) *può* soltanto concedersi al difensore il colloquio coll'imputato senza presenza di alcuna persona del giudizio; la cosa dipende adunque tutta dall'arbitrio del tribunale, temendosi (per indegna diffidenza) abusi da parte del difensore =.

(3) Che pertanto il difensore non possa ajutare l'imputato alla fuga, nè consigliarlo a ritrattazione della confessione, alla produzione di eccezioni che protraggono il processo et ecc. è cosa chiara. Pertanto difficilmente si può convenire colla *consult. et decis.* T. II. P. I, p. 168, e con *Meister, Tratt. relativi al proc. pen.* p. 289, che dice potere il difensore consigliare all'imputato la fuga.

(4) Gli è evidente che lo stato ripone una grande fiducia nei difensori, accordando loro un abboccamento senza controlleria. Egli è quindi un sacro dovere dei medesimi di ommettere ogni atto, che lo Stato non potrebbe acconsentire. L'illegale contegno dell'avvocato trae seco nel regol. proc. pen. wirtembergh. § 287 pene disciplinari.

confidenza (1) dello Stato col dare consigli contrarii alla legge (2). Quale consigliero poi dell'imputato, il difensore cercherà di cavare tutto il possibile vantaggio dal colloquio, in modo, che gliene vengano forniti copiosi e fecondi argomenti di difesa.

Il difensore verrà specialmente scrutando l'*esattezza e l'attendibilità del contenuto degli atti*, per vedere se vi si riscontrino tutti i requisiti dalla legge prescritti, se si adoperarono debitamente tutti i mezzi inquisizionali, e se quanto negli atti è contenuto sia veramente accaduto. Siccome poi negli atti più d'una cosa non occorre, la quale serve alla discolpa, ed è anzi dovere del difensore di completare egli stesso gli atti, e di restituire ogni circostanza omessa nei medesimi, così sarà pure suo scopo nel colloquio quello di conoscere i *motivi di difesa non ancora esistenti negli atti.*

Pertanto il colloquio è il più delle volte il principal mezzo di esaminare 1. la attendibilità e 2. l'integrità degli atti.

§ 56. *Esposizione più minuta delle attribuzioni del difensore.*

Ove si riguardi il difensore quale consigliero dell'imputato, il suo colloquio col medesimo si trova corrispondere all' istruzione dell'Avvocato nel processo civile, e sembra inutile quindi parlare di certe attribuzioni del difensore, e di limiti dell' agir suo; il tutto pare debba lasciarsi alla sola sua prudenza. — Ma se si riflette all'interesse che ha lo Stato alla difesa, ed all'esito del processo penale in generale, non è più lecito asseverare, che il difensore possa adoperare tutti i mezzi che egli ritiene per buoni. Che anzi lo si riconosce obbligato non solo verso l' imputato, ma altresì inverso lo Stato, dovendo egli contribuire affinchè anche per opera sua si accresca la confidenza nella rettitudine delle sentenze penali, e sia fondata la generale persuasione che l'imputato non venne menomamente circostritto nella sua discolpa, e che i Giudici pronunciarono sentenza dietro una piena cognizione di tutti i punti di difesa. Riconoscendo lo Stato nel colloquio un mezzo di raggiungere più sicuramente lo scopo della difesa, ed ordinandolo in modo che molti e veri motivi di difesa vi siano scoverti, desidera però egli altresì che non se ne faccia strumento di inganno, di impunità dei veri delinquenti, e di inutile protrazione dei processi. Per questa ragione lo Stato, vieta al difensore l'impiego di quei mezzi, i quali non darebbero occasione che ad inutili lungaggini, a falsità, e sotterfugi, e ritiene consigliero dell' imputato, solo in quanto il suo consiglio 1. riesca a costui veramente profittevole, e 2. promuova la giustizia, senza 3. impedire, o rendere più difficile la scoperta della verità (3).

(1) Che il difensore possa eccitare l' imputato a persistere nel diniego, è opinato da *Meister*, *Tratt.* p. 288.

(2) Trattasi per es. di sapere, se realmente l' imputato abbia detto ogni cosa nel modo che appare negli atti, se il giudice siasi servito soltanto di mezzi legali, ecc.

(3) Evidentemente il colloquio del difensore può nuocere non poco alla

Ogni mezzo che può fornire materiali ad una piena giustificazione, è permesso nel colloquio, il quale pertanto deve anzitutto essere ordinato in guisa, che 1. l'imputato venga a sapere tutto ciò che di sfavorevole a lui esiste negli atti, ed impari il vero punto al quale deve rivolgersi la sua giustificazione. Il difensore metterà innanzi all'imputato ogni fondamento di imputazione deposto negli atti, affinchè lo giustifichi (1). 2. Quindi gli spiegherà i testi delle leggi, in quanto si oppongono alla sua giustificazione, e vogliono per consegnenza essere superati nel suo interesse (2). Locchè è spesse volte necessario, perchè, l'esperienza insegna, che l'imputato sovente non considera che uno solo dei punti di vista, pei quali il giudizio potrebbe riconoscere il caso per punibile, e non si accorge degli altri, nè esibisce per questi argomenti di difesa (3). 3. Il difensore cercherà altresì nel colloquio di convincersi intorno all'esistenza di altri argomenti di difesa possibili e non ancora rilevati.

Il modo con cui si deve contenere il difensore nell'ultimo dei punti suesposti, difficilmente può venire sottoposto a regole; mente sana, zelo pel suo ufficio, precorso studio degli atti, accurato esame dell'intiero fatto indicheranno facilmente al difensore il suo contegno, il quale poi vuol essere differente secondo la diversità degli imputati. 1. Quando il difensore vien condotto da una traccia esistente negli atti alla scoperta d'un motivo di difesa, cui forse l'imputato ha posto minore attenzione, egli deve porre tutto in opera, onde iscrutare più davvicino quel motivo, e può tanto interrogarne direttamente l'imputato, quanto convincersene per mezzo di lontane interrogazioni a lui fatte, 2. Trattandosi di imputati timidi e pusillanimi, il difensore potrà andare più oltre, e renderli attenti intorno a singoli argomenti di difesa, che potrebbero occorrere nel caso in quistione, o con acconce domande raccogliere più precisa informazione (4).

scoperta della verità. Si può stabilire la regola, che ogni difensore quand'anche il colloquio non sia soggetto ad alcuna controlleria giudiziaria, deve contenersi in modo, che ogni persona del giudizio vi potrebbe essere presente, senza suo danno.

(1) Allora soltanto è possibile giustificarsi, quando si sappia quale sia l'incolpazione. Quanto è raro che i nostri imputati sappiano completamente ogni indizio esistente contro di loro! Che il difensore debba far noti all'imputato gli indizii sfavorevoli, lo mostra il confronto delle disposizioni di legge. Dir. crim. pruss. § 447. Cod. pen. bav. II art. 243, 185.

(2) Ciò torna importante, per ciò che i nostri codici penali statuiscono si di frequente presunzioni, accordando però prove in contrario alle medesime. Si può esigere, che un imputato che sia persona colta, si consigli da sè in questo proposito? Attesa l'indole dei nostri codici moderni, i quali sono concepiti in modo dottrinale, diventà necessaria per tutti la spiegazione della legge.

(3) Per es. l'imputato crede sovente, che lo si tragga sotto inquisizione a titolo di furto; ma che il fatto si possa qualificare eziandio di infedeltà o di truffa, egli non lo sospetta punto.

(4) *Gerstäcker*, *Istruzione*, p. 79.

§ 57. *Regole generali.*

L'esito felice del colloquio del difensore coll'imputato dipende 1. dalla fiducia che il difensore si procaccia appresso l'imputato. Non di rado gli imputati vedono nel difensore un deputato del giudizio, e tengono tutto il colloquio per un'insidia tesa allo scopo di estorcere loro una confessione. Il difensore pertanto deve anzi tutto adoperarsi a destare fiducia nell'imputato, col mostrargli interessamento, col muoverlo a consolazione, speranza, e far sì che il medesimo gli si avvicini francamente e senza riserbo.

2. Molto ancora dipende dalle interrogazioni che il difensore propone, come anche da tutto il suo modo di contenersi. Il contegno del difensore non può foggiarsi dietro un formolario generale, che trae seco necessariamente una trattazione meccanica, ma deve all'incontro essere diverso secondo il carattere dell'imputato. Pertanto non si accontenti il difensore di risposte già date dall'imputato sopra domande mossegli dal giudice in base agli atti; spesse volte gli inquirenti non si curano di adattare le domande alla capacità dell'imputato, e le loro interrogazioni poste in generale, promuovono del pari una risposta generale, che dal giudice decidente può venir poi facilmente interpretata in modo pregiudizievole all'imputato. Se questi fosse stato reso accorto dell'importanza della ircostanza, cui si riferisce la domanda, se la domanda stessa gli fosse stata suddivisa, egli avrebbe dato spesse volte una risposta più adequata, e meno funesta. Egli è quindi dovere del difensore quello di sminuzzare chiaramente le interrogazioni, di esporre la loro importanza all'imputato, e di esaminare se egli possa ostinarsi nella risposta una volta data (1). Eziandio nelle interrogazioni, le quali vengono proposte all'imputato intorno ai testimonj, ed a quanto egli avesse da eccepire contro di loro, è necessaria la ripetizione, ed una completa scomposizione di esse da parte del difensore.

Importantissimo diviene il colloquio rispetto alla prova indiziaria. L'imputato non può immaginarsi che da una particolare circostanza si abbia a desumere un argomento di sospetto contro di lui, nè pensa quindi nel suo esame a fornire dati, i quali potrebbero salvarlo (2). L'inquirente stesso non può prevedere quali indizi veranno rilevati dal tribunale a cui saranno pervenuti gli atti per la decisione (1); egli non iscompone per

(1) Ciò torna particolarmente rilevante nelle domande colle quali il giudice cerca di rintracciare l'esistenza e l'indole della prava intenzione.

(2) Per es. trattandosi di indizio desunto dal soverchio dispendio di danaro.

(3) Quanto artificiosamente si elevarouo ad indizii, fatti a cui nessuno pensava, nelle inquisizioni per omicidii!

conseguenza minutamente i fatti durante l'udienza, ne dà così all'imputato occasione di giustificarsi. Il difensore però deve ponderare ogni possibilità, che una circostanza venga adoperata come fondamento di imputazione ed isvelarla all' imputato, onde ottenere da lui schiarimenti, che servano ad isventare il preteso indizio.

3. Assai opportuno gli è pure (1) che il difensore predica all'imputato senza reticenza, ed attenuazione tutto il rigore della pena che sta per conseguitare a suo danno, e gli spieghi il risultato degli atti, e le principali circostanze alle quali si darà valore nel sentenziare. Assai di frequente gli imputati ritengono lieve il delitto e sperano una pena di detenzione di pochi d'anni, mentre il difensore prevede che ne verrà quella di morte o di lunga prigionia. Ma ove il difensore comunichi le sue previsioni all'imputato, questi si porrà in atteuzione e gli fornirà circostanze, delle quali non facea prima alcun caso, prendendo la cosa alla leggiera (2).

4. In certi casi il colloquio può anche utilizzarsi dal difensore onde conoscere più da vicino l'imputato, cui dagli atti egli non potè conoscere se non incompiutamente e superficialmente, dal che si cavano pure importanti fondamenti di difesa, come p. es. intorno alle malattie mentali.

5. Differente indirizzo avrà il colloquio, secondo che l' imputato avrà confessato, oppure negato il fatto, e più di una interrogazione, che nel secondo caso torna opportuna, sarebbe superflua nel primo. Se l'imputato è confesso, il difensore deve investigare nel colloquio *a)* se la confessione fu veramente deposta, da lui quale è riferita negli atti, *b)* che cosa lo abbia indotto a deporla, *c)* se egli insista ancora nella medesima, e *d)* quali fondamenti di difesa risultino dal caso medesimo, o dalla condotta del processo. Assai opportuno si è che *e)* il difensore si faccia ripetere più d'una volta alla lettera la confessione dall'imputato, e gli partecipi quanto sta scritto negli atti, per vedere se ogni parola venne fedelmente protocollata. *f)* Nelle espressioni ambigue sarà necessario interrogare l'imputato quale senso egli vi connetta, lo che diventa spe-

(1) Si raffigurino gli uomini, come sono d'ordinario, impauriti davanti al tribunale, senza il dono dell'esporre, e poi si ponderi, a che cosa possa servire la domanda che si suole generalmente proporre all'imputato: *che cosa hai tu ad eccepire contro il testimonio N?* Se il difensore fa attento l'imputato intorno a tale domanda, e si adopera egli stesso a porre in chiaro il rapporto del testimonio coll'imputato, egli verrà facilmente a scoprire importanti argomenti di difesa.

(2) È noto all'autore un caso, in cui l'imputato dichiarò al difensore nei primi colloquii, che egli non sapeva che dirgli, che desiderava non si protraesse di più il processo per cagione dello difesa, e che voleva scontare la pena di un anno di prigionia, che gli sovrastava. Se non che il difensore gli palesò, che il furto, fornito di tre qualificazioni secondo la legge, avrebbe tratto dietro di sè una pena di 16 anni di carcere. Allora soltanto l'imputato dichiarò, che l'inquirente lo avea costretto a confessare, e che egli non avea voluto palesarlo, istimando la pena non troppo grave. La prova di quella coazione potè anche in seguito realmente ottenersi.

mente utile, quanto ai provincialismi. *g*) Si danno casi in cui il di-
sore può persino consigliare all'imputato una confessione. Tali sono i
, in cui l'imputato ha realmente commesso il delitto, ed il fatto stesso
esenta importanti motivi di discolpa, ma in cui l'imputato, sia per ti-
ore (1) di non potere debitamente indicarli, sia per ignoranza dei mede-
ni, preferisce una assoluta negativa. Se ora il difensore si accorge che
mputato può bensì venir riconvinto, ma che il suo reato appare ai
dici più grave e più sfornito di motivi di mitigazione di quello che è in
altà, egli deve consigliare l'imputato a confessare, facendo insieme
bitamente rilevare i suoi mezzi di discolpa, ed esibendone le
ove. *h*) Tal fiata all' incontro il difensore medesimo può e deve
nsigliare all' imputato la revoca della confessione, quando avver-
che questi, sia per errore, sia per altri motivi, ha confessato
ientemente una falsità, temendo che la vera indole del fatto, conosciuta
ie fosse, non gli riescisse di maggior danno di quello che gli è per
recare realmente (2). *i*) Se l'incolpato ha confessato con restrizioni,
colloquio dovrà essere condotto in modo, da ottenere argomenti, coi
uali sia possibile dimostrare la verosimiglianza di quelle restrizioni.

6. Se l'imputato non è confesso, il difensore si deve giovare del col-
oquio, per conseguire mezzi di prova, che lo pongano in istato di mostrare
ondata la negativa, di abbattere la prova dell'incolpazione, e di svi-
uppare la prova di discolpa addotta dall'imputato.

7. Di regola il colloquio dovrebbe aver luogo tosto che il difensore
iavisi sufficientemente preparato con un perfetto studio degli atti, co-
osca il contenuto delle imputazioni, e possa quindi giovarsene per espe-
imentare l'attendibilità degli atti (3) (*). Egli è pure opportuno, che il
lifensore ancora prima del colloquio siasi disegnato nella mente il piano
generale della difesa, perchè dietro a questo egli potrà meglio ordinare
il colloquio riguardo ai punti sui quali deve essere rivolto.

(1) Un esempio rimarchevole lo porge qui il *Nuovo Arch. del dir. crim.* Tomo III, art. 1, N. 2.

(2) Importante pel difensore torna qui lo studio dei principi che valgono intorno alla confessione qualificata. V. il mio proc. pen. II, p. 165.

(3) *Klein, Nell'Arch. del Dir. crim.* Vol. II, art. 2, p. 186.

(*) Il regol. del proc. pen. austr. 29 luglio 1853, permettendo al difensore l'ispezione degli atti del processo, ed il colloquio col suo cliente, nè ordinando, che il colloquio preceda allo studio degli atti, (§218) non v'ha dubbio che per tal legge il difensore possa predisporsi al colloquio mediante accurato studio degli atti. Quanto alla facilità che il difensore si prepari debitamente al colloquio, avuto riguardo all'intervallo di tempo concessogli a tal uopo, la suddetta legge austriaca non lascia nulla a desiderare, avendo ella sancito, che il dibattimento finale si possa prorogare, anche sopra proposta del solo difensore (§ 221). (G.)

8. Ella è cosa fuori d' ogni convenienza, che il difensore conduca il colloquio a guisa d'un interrogatorio criminale, con domande ricise ed asciutte. Quanto più vivacemente, semplicemente, e cordialmente il difensore parlerà all'imputato, in una lingua a lui intelligibile, tanto maggiore sarà la confidenza dell' imputato in lui, e più sicuro il risultato dell' abboccamento.

9. Il colloquio coll' imputato può, e deve ripetersi ogni qualvolta il difensore lo trovi necessario (1) (*). Non è conveniente che il difensore si limiti ad un colloquio solo, come accade sovente, perchè di solito la prima sua visita all' imputato non fa che por questo in attenzione ed indurlo a riflettere, e solamente nei colloquii successivi accadono importanti rivelazioni.

10. La scrittura difensionale che il difensore inoltra, dee venir letta ed intelligibilmente spiegata all' imputato prima di essere insinuata (2) affinchè il difensore non trovisi poi in imbarazzo a cagione di improvvise contraddizioni insorte all'atto della lettura in giudizio, nella quale occasione gl' imputati parlano sovente in modo contrario alle asserzioni del difensore, della cui giuridica importanza non vennero fatti accorti dapprincipio.

§ 58. *Punti principali su cui deve cadere il colloquio* (**).

Siccome il difensore, quando abbia a fondo studiato gli atti, desidera sapere 1. se quanto è contenuto nei medesimi sia accaduto realmente nel modo in cui ivi è esposto, 2. se lo si abbia constatato in modo legale, e 3. se tutte le circostanze relative all'inquisizione siano in quelli completamente racchiuse, così il colloqnio deve essere diretto ad ottenere schiarimenti su tutti questi punti. Ciò accade, se il difensore rivolga la sua attenzione 1. all'andamento del processo in generale, 2. ai mezzi di prova che occorrono negli atti, 3. alla vera indole dell'azione delittuosa, 4. alla possibilità dell' imputazione a causa di pravità d'intenzione, 5. ai motivi di mitigazione, o diminuzione di pena che potessero esistere.

(1) Prog. di *Eggers* § 2009.

(*) La ripetizione del colloquio tutte le volte che il difensore lo crede opportuno, può ritenersi concessa anche dalla legge processuale austr. del 29 luglio 1853, non avendola essa vietata in alcun luogo. (G.).

(2) *Bauer*, *Massime*, § 218. Dir. crim. pruss. § 468.

(**) Vuolsi notare, che l'autore non ebbe qui di mira la completa enumerazione di tutte le interrogazioni, che il difensore può fare all'imputato. Soltanto delle principali egli volle fare accorto il lettore. Del resto nessuno, il quale conosca l'imperfezione consueta degli esami degli inquirenti, vorrà porre in dubbio i vantaggi di una accurata ed opportuna interrogazione dell' imputato da parte del difensore.

§ 59.

A) In relazione all'andamento del processo.

Il difensore cercherà di rilevare in questo proposito, se ed in quanto (non .vuto riguardo ai requisiti dei singoli atti inquisizionali) gli atti siano n generale fedeli ed attendibili, per essersi osservate le generali condi- ;ioni d'una procedura legale (1).

Pertanto egli indagherà con acconce domande: 1. il modo in cui fu ›romosso il processo contro l'imputato, 2. il contegno del giudice o lelle persone addette al giudizio verso di lui, tanto, in generale, quanto ;. nei singoli atti: del processo; 4. ed il trattamento dell'imputato du- 'ante la prigionia, come anche 5. quali persone furono presenti al- 'inquisizione (2).

§ 60. B *In relazione alle esistenti prove.*

Il difensore dovrà rivolgere particolarmente le sue domande alle prove ›sistenti negli atti onde sapere *a*) se i mezzi di prova vennero legalmente ıdoperati il difensore, *b*) in qual misura essi provino, e *c*) in quanto 'imputato se ne possa giustificare.

Così *A*) *trattandosi di confessione*, e propriamente *a*): se la confes- sione appare negli atti come deposta senza riserva, ne investigherà la :redibilità, facendo domande intorno ai seguenti punti: 1. in qual modo 'imputato addivenne alla confessione: quali mezzi furono impiegati, quali ınterrogazioni gli furono fatte, se furono fatte promesse o minaccie, in qual modo o in qual misura furono per avventura adoperati i mezzi coercitivi, o le pene contumaciali (3): 2. se la confessione contenuta negli atti sia a rigor di parola quella deposta dall' imputato (4). *b*) Che se la confessione fu deposta condizionatamente, il difensore rivolgerà all'imputato acconce domande allo scopo di investigare la vera natura della restrizione apposta, e gli argomenti coi quali questa può venir so-

(1) Il dir. crim. pruss. § 447, dice espressamente, che il difensore debba interrogare l'imputato intorno al suo trattamento durante l'inquisizione.

(2) Il difensore verrà a sapere non di rado, che non fu presente all'inquisizione il funzionario propriamente destinato, o che il giudizio non fu debitamente costituito, ecc

(3) In parecchi casi il difensore medesimo si accorge tosto essere superfluo l' interrogare intorno a parecchi punti; laonde egli non vorrà in tali casi perdere il tempo con inutili domande.

(4) I difensori dovrebbero esaminare specialmente con grande attenzione, se le parole addotte negli atti come risposte dell' imputato furono precisamente pronunciate da lui. Una parolina sola decide spesso di gran cosa.

stenuta, mettendogli davanti quelle circostanze allegate nella antecedente inquisizione, le quali contraddicono alla sua spiegazione (1). *c.* Nel caso d'una totale o parziale ritrattazione, l'imputato potrà essere interrogato in qual modo siasi determinato alla medesima, e su di che possa fondarla (2). Qui però il difensore, ove scorga che l'imputato ha ritrattato senza motivo, o che i motivi da lui addotti non valgono a giustificare la ritrattazione, lo paleserà all' imputato, consigliandolo a revocare la ritrattazione stessa. (*)

B) Quanto *alla prova testimoniale*, il difensore esaminerà 1. la credibilità delle deposizioni, in relazione: *a)* alle qualità personali dei testimonii (sopra § 39), col domandare in quale rapporto stia il testimonio coll'imputato, e che cosa quest'ultimo sappia d'altronde intorno alla credibilità del primo, (3) *b)* alla condizione in cui si trovava il testimonio durante l'osservazione del fatto ecc., (4). *c)* In relazione al contenuto delle deposizioni, giogioverà la scomposizione delle medesime nelle singole circostanze minori di luogo, di tempo, ed altre che vi sono contenute, interrogando l'imputato della possibilità di ciascuna di esse (5). Importerà del pari alla pienezza della prova testimoniale, l' interrogare l'imputato, se egli non si ricordi

(1) Per es. se l'imputato si richiamò alla necessaria difesa, mentre testimonii deposero, che egli avea fatto pel primo delle minacce all' ucciso.

(2) Egli mostrerà all' imputato, che una cotale infondata ritrattazione gli nuoce maggiormente, perchè il giudice non vi avrà riguardo, e più grave infliggerà la pena.

(*) Il Regol. del proc. pen. aust. del 29 luglio 1853 dispone che, *qualora l'imputato ritratti una confessione fatta prima in modo legale, ed avente requisiti voluti, questa non perde perciò la sua forza di prova, salvo il caso che il ritrattante adduca un motivo credibile dell' aver egli fatto prima una falsa confessione, oppure circostanze tali, che, secondo i dati raccolti, siano atte ad ingenerare fondato dubbio sulla veracità della confessione precedente* (§ 267). Ma in nessun luogo questa legge statuisce, che un' infondata ritrattazione della confessione aggravi la punibilità dell'accusato, che anzi questa sentenza pare contraria allo spirito di quelle legislazioni, le quali, come l' austriaca, non fanno al reo obbligo rigoroso di confessare il suo reato, e nemmeno pare si concilii collo scrupoloso dovere dei giudici di ponderare attentamente la credibilità delle confessioni, attesochè il timore delle triste conseguenze d'una infondata ritrattazione potrebbe trattenere l'accusato dal ritrattare quand'anche in fatto esistano buone ragioni di farlo da lui solo conosciute ove appena egli dubiti della fondatezza delle medesime (Vedi nota precedente). (G).

(3) Qui sono permesse le domande: se l'imputato non abbia vissuto in inimicizia col testimonio, se egli non possa supporre che il testimonio avesse un particolare interesse alla sua deposizione, o trovasi in qualche relazione col danneggiato, ecc.

(4) In questo proposito saranno di importanza pel difensore la lontananza del testimonio, od altri rapporti locali, come p. es. un cespuglio, che si oppose alla sua libera veduta.

(5) Così mi è noto un caso, in cui la sola prova, che il presunto autore

che al tempo del fatto altre persone ancora fossero presenti, le quali pure si potessero proporre a testimonii (1).

C) Quando esiste *prova per documenti*, il difensore deve far sapere all'imputato che questi documenti depongono contro di lui. Opportuno sarà quindi il domandargli: 1. se egli abbia realmente posseduto quei tali documenti, 2. come ciò sia accaduto, 3. chi li abbia scritti, 4 se quelli depositati in giudizio siano precisamente gli stessi che egli ha posseduti, 5. se egli non si ricordi di avere dato carta bianca ad alcuno, 6. se non conosca nessuno, il quale abbia una scrittura simile alla sua, o che in generale 7. sia esperto nell'arte di imitare i caratteri, 8. se non si ricordi che il documento si richiami ad un altro, per il contenuto del quale ottenga il primo un differente significato.

D) Se gli atti non contengono che *indizii* e sospetti contro l'imputato in tal caso il difensore porrà dinanzi al medesimo nel miglior modo i fatti, su cui si fondano sospetti. Egli è a vedersi, se il fatto quei, e confessato dell' imputato, od altrimenti provato (2); in quest' ultimo caso è essenziale il riguardo a quello che si possa eccepire contro la prova dell'essere il fatto veramente accaduto, nel modo in cui fu ammesso dal giudice. L'imputato deve pure essere interrogato, in qual maniera egli sappia spiegare la connessione di quelle circostanze, ed isventare il sospetto contro di lui insorto (3), al qual uopo il difensore deve mostrare all' imputato quali indizii contro di lui possono venire desunti dal fatto (4), e domandargli quali cose egli possa addurre onde respingere i medesimi, in qual modo egli possa spiegare le contraddizioni che appajono nelle sue deposizioni (5), e s'egli non sappia addurre fatti che valgano di contrarii indizii, e di contrarie presunzioni (6).

indossava nel giorno dell' avvenimento un abito bruno, dimostrò la falsità delle deposizioni di due testimonii giurati, i quali deponevano di aver veduto l' autore vestito di un abito di color rosso. Quanto più accuratamente il difensore va sminuzzando le sue interrogazioni, tanto più importante si fa per lui il colloquio.

(1) Per es. se si tratta di una rissa avvenuta in una osteria.

(2) Spesse volte si osserva, che persone, veramente innocenti, tratte in inquisizioni criminale, diniegano persino fatti veri in sè stessi, ma che potrebbero far nascere sospetti contro di loro, credendo che il confessarli lor nuoca; le conseguenze di tal diniego sono poi contraddizioni che li rendono nuovamente sospetti. In tali casi, il difensore di rette intenzioni consiglierà sempre al suo cliente di dire la verità.

(3) A quale uso, per es, egli siasi servito del veleno comperato, perchè abbia comperato la pistola, ecc.

(4) Per es. se l'imputato si allontanò rapidamente, dopo che fu noto il fatto.

(5) Spesso rilevasi, che deposizioni contradditorie provengono da interrogazioni non chiare, od ambigue, o dall' aspro contegno dell' inquirente.

(6) Qui tornerà importante il colloquio, ove il difensore, avuto riguardo agli indizii legali dell' innocenza (Cod. bavar. Parte II, art. 324), vada interrogando l' imputato intorno all' esistenza di certi motivi, dai quali risulta l' in-

§ 61. C *In relazione al materiale del reato, ed alla vera indole del fatto.*

Importante è pure pel difensore l'abboccamento col reo in quanto 1. egli ne viene a conoscere la vera indole del fatto, e la partecipazione dell'imputato al medesimo, e 2. ne impara i mezzi onde esaminare la pienezza del materiale del delitto.

Così saranno importanti 1. le domande dirette a rilevare in generale la certezza del fatto: 2. le domande intorno ai mezzi dei quali si valse il delinquente, ed alla vera natura dell'uso che ne fece (1): 3. nei casi in cui più persone hanno preso parte al delitto, le domande intorno alla vera partecipazione dell'imputato, ed a quella d'ogni singolo codelinquente (2): 4. così pure sarà debito del difensore di fare interrogazioni all'imputato intorno all'esistenza di certe circostanze accessorie, le quali eslcudono la pienezza del materiale del reato, oppure danno un aspetto meno grave all'azione. Il difensore deve farsi ben chiaro, da quali caratteri dipenda l'ammissione della consistenza materiale del delitto, e rivolgere il colloquio a verificare, se non vi siano circostanze di fatto per le quali un carattere esistente possa altrimenti spiegarsi, siccome suole accadere nei casi di infanticidio (3), e di avvelenamento (4). In generale, egli dovrà accuratamente informarsi della prova d'ogni singola circostanza, la quale qualifichi l'azione a delitto, e scrutare la sussistenza d'ogni requisito di questo con acconce interrogazioni (5) 5. Non meno opportuno si è, che nel caso in cui una singola circostanza paja addittare la sussistenza del materiale d'un grave misfatto, il difensore indaghi con opportune domande l'indole di essa circostanza, riveli all'imputato la disposi-

verosimiglianza dell'essere stato egli l'autore, e gli spieghi con precisione le leggi.

(1) Quante volte decide la qualità del coltello, della pistola, ecc.

(2) Ciò è importante p. es. nelle risse, quando vi accadde l'uccisione di una persona. Art. 148. CCC. *Birnbaum*, *Sull' omicidio commesso da più persone*. Vürtzburg, 1816. In difficile situazione si trova il difensore, quando l'imputato gli confidò, che un suo compagno ebbe la parte principale nel fatto, ma per affezione al medesimo non vuole confessarlo avanti al giudizio.

(3) Per es. dagli atti risultano parecchi indizii, che l'imputata era incinta; ma se può venire dimostrato, che la medesima andava soggetta in quel tempo a malanni, i quali cagionavano sintomi eguali, quegli indizii diventano inefficaci.

(4) Negli avvelenamenti si danno molti sintomi morbosi, come p. es. il vomito, comuni anche al cholèra, a gravi indigestioni, e ad infiammazioni intestinali; importa molto che il difensore si informi, se a tali malattie non fosse soggetto il malato, perchè ciò spiegherebbe vantaggiosamente quei sintomi.

(5) Quanto ciò sia importante, apparve in un caso, in cui il difensore mediante domande all'imputato processato *puncto perjurii*, intorno al modo, in cui lo si fosse fatto giurare, riseppe, che le formalità prescritte dalla legge non erano state osservate, che, in particolare, non gli era stata fatta l'ammo-

zione di legge la quale lo condanna a cagione della medesima ad una pena maggiore, e gli richiegga la sua giustificazione (1).

§ 62. D. *In relazione all' imputazione ed alla prava intenzione.*

Il colloquio è della massima utilità, quando esibisca materiali per la condotta della prova di discolpa, la quale appunto trovasi il più delle volte negli atti piena di lacune. In questo riguardo merita I. attenzione da parte del difensore l'esistenza della prava intenzione. Allorquando la legislazione stabilisca una presunzione della prava intenzione, accordando però una prova in contrario, il difensore deve adoperarsi onde rintracciare argomenti per questa prova. Opportunissimo qui torna 1. il dichiarare all' imputato, che secondo la legge si presume aver egli agito con reo proposito, nel che è poi necessaria un ulteriore spiegazione di ciò che la legge intenda veramente per quello (2). 2. Se l' imputato nega il dolo, egli deve in tal caso narrar al difensore completamente il fatto; e 3. se nella narrazione trovansi delle inverosimiglianze, il difensore deve farle avvertire all' imputato. 4. Poscia il difensore andrà scomponendo il fatto nelle singole circostanze antecedenti, concomitanti, e susseguenti, esigendo per ciascuna di esse l' esibizione delle relative prove; 5. farà attento il malaccorto imputato, di argomenti che servissero per avventura di contrarie presunzioni; 6. gli enumererà i motivi che negli atti convalidano la presunzione legale, e richiederà la sua giustificazione intorno ai medesimi.

II. Non è a dimenticarsi nemmeno la frequente presunzione legale che l'intenzione del reo sia stata realmente diretta alle conseguenze prodotte dal suo fatto (§45). Il difensore istruirà l'imputato anche dell'esistenza di queste, gli spiegherà il vero senso della disposizione della legge conseguenze lo ammaestrerà intorno agli argomenti della riprova, e gli domanderà giustificazioni e prove.

nizione, ed ebbe quindi argomento per mostrare l'insussistenza del fatto materiale.

(1) Questo riguardo non è a trascurarsi. Sovente dall'essere il ladro entrato nella casa con armi, può parere che siasi da lui commesso un più grave furto. Che se il difensore dichiara all'imputato, che la legge commina pena maggiore al furto a cagione dell' arma portata nel medesimo, e gli richiede giustificazione, egli può forse venire a sapere, che l'imputato soleva portare seco il coltello, perchè appartenente alla sua professione, e non lo prese già seco nella mira del furto. Dovunque la legge racchiude particolari prescrizioni aggravanti, egli è ottima cosa manifestarle all' imputato.

(2) Chiunque sa quanto radamente gli inquirenti investigano con diligenza questo punto della prava intenzione, e quanto pochi imputati conoscono il vero senso della parola: *presunzione*, potrà comprendere quanto il colloquio possa giovare al difensore in questo riguardo.

III. Parimente vuolsi mettere a profitto il colloquio per indagare l'esistenza di motivi che escludano l'imputabilità (§ 29). Lontano dal consigliare all'imputato la simulazione od una fallace allegazione di tali motivi, il difensore separerà *a*) quei motivi, la cui esistenza non è per avventura nota all'imputato, per es. demenza, imbecillità, da quelli *b*) ai quali l'imputato stesso ha già fatto richiamo, come p. es., necessaria difesa, errore. In relazione ai primi (1) il colloquio deve essere rivolto dal difensore allo scopo di conoscere davvicino l'imputato, e ad indicare a quest'ultima una morbosa piega che per avventura in lui esistesse, oppure a rintracciare lo stato (2) in cui si disvela, la sua malattia mentale (3). Il difensore non deve lasciarsi indurre in errore dalle espressioni dell'imputato, perchè non di rado l'infermo nasconde il verace suo stato (4). Riguardo a certi stati morbosi, il difensore deve procacciarsi materiali per la difesa mediante interrogazioni intorno alla esistenza di fatti, i quali, fondati che siano, possono togliere del tutto o diminuire l'imdutabilità, onde adoperarsi a fermare la certezza di essi fatti (5), ovvero rintracciare quelle circostanze, accessorie la cui cognizione soltanto rende possibite giudicare dell'estensione e dell'influenza di quegli stati (6). In relazione ai secondi, se l'imputato, vi si richiama, il difensore deve, 1 chiarirgli le disposizioni ed i requisiti legali (7); 2. intorno ad ogni requisito, interrogarlo, se sappia provarlo con mezzi naturali di prova, o con argomenti di probabilità; 3. renderlo cognito eziandio di cotali argomenti di prova: 4. por dinanzi all'imputato le circostanze, che si trovano negli atti, e provano contro di lui, eccitandolo a giustificarsi.

(1) Egli è per sè chiaro, che il difensore deve a quest' uopo conoscere completamente i caratteri delle malattie spirituali, onde persuadersene mediante acconce domande, rispondendo, alle quali l'imputato faccia conoscere la realtà dei medesimi.

(2) Molto ci vuole onde scoprire l' idea fissa da cui dipende la malattia dell' imputato. Spesse volte i giudici lo credono sano, ed assennato, solo perchè il punto più decisivo non fu da loro toccato.

(3) Moltissimo importa distinguere l' imbecillità dalla stupidità, la vera mania dalle varie specie di demenza, e queste dalle malattie affini. I giudizj sovente difformi dell'inquirente e dei medici hanno la loro origine nello scambiare fra di loro quelle condizioni dello spirito. Il difensore debbe dapprima impratichirsi dei diversi sintomi delle varie malattie, onde accorgersi della sussistenza di una di esse.

(4) Furonvi casi, in cui l' imputato, che era veramente pazzo, affermava tuttavia di essere completamente sano. Tutti i medici possono attestare, che si danno casi, in cui il malato non vuol far credere di patire disturbi mentali, od in cui egli stesso non conosce il proprio stato.

(5) Per es. ubbriachezza al tempo del fatto.

(6) Per es. onde conoscere fino a quel punto si possa dar colpa all'imputato a motivo di ubbriachezza.

(7) Per es. ove si tratti di necessaria difesa.

§ 63. E) *In relazione alle cause mitiganti e diminuenti la pena* (*).

Siccome al difensore importa assai anche la presenza di certi motivi, i quali almeno in parte escludono il diritto di punire, così egli deve nell' abboccamento avere pur riguardo ai medesimi. *a*) Poichè spesso l' imputato non conosce tali motivi, ove il difensore s' accorga che per la natura del fatto ne debbano esistere, egli farà attento su di essi l' imputato, egli ne muoverà acconce domande. *b*) Che se per questo modo gli si presenta effettivamente un qualche motivo siffatto, è suo debito informarsi dei requisiti che lo rendono legalmente efficace, e della prova che l'imputato sapesse fornire in proposito. In particolar modo egli cercherà di conoscere esattamente le concomitanze del fatto. *c*) Poichè le nostre leggi determinano la commisurazione della pena fra due estremi, l'uno massimo, e l' altro minimo, a seconda di motivi che aumentano o diminuiscono la pena, così il difensore deve por mente eziandio alla presenza di questi motivi, e cercare di convincersene mediante opportune interrogazioni (1) (sopra § 48); *d*) ed in particolare, quando vi fossero circostanze involventi cause aggravanti, egli deve adoperarsi ad indebolirne il peso, od a rilevare per mezzo di interrogazioni altri fatti contrarii, o quelle particolari relazioni, la cui cognizione sol-

(*) Questa distinzione di *cause mitiganti*, e *cause diminuenti* è sconosciuta al codice pen. austr. del 27 Maggio 1852, il quale le une e le altre comprende nell'espressione generale di *cause mitiganti*. Nel linguaggio di altri codici diconsi propriamente *cause diminuenti* quelle, le quali cagionano diminuzione della pena di un dato reato entro il massimo ed il minimo di essa, prestabiliti dalla legge, *cause mitiganti* invece quelle, le quali producono abbassamento della pena ad un modulo inferiore, talor anche ad una qualità diversa da quella che è nella legge. Corrispondente a questa distinzione delle *cause mitiganti*, è in quei codici quella delle cause *aggravanti*; delle quali altre si dicono propriamente *aggravanti*, che fanno salire la pena dal minimo al massimo della medesima, fissati dalla legge, altre aumentanti, che al modulo ordinario della pena della legge ne fanno sottentrare un'altro maggiore, sia dell' eguale, sia di differente natura. Anche questa seconda distinzione non conosce il codice penale austriaco succitato, il quale vi sostituisce la categoria generale ed unica di *cause aggravanti*. Nota il consigliere *Hye*, che alle due suddivisioni delle cause mitiganti ed aggravanti suesposte corrispondono nel codice austriaco quelle delle cause mitiganti od aggravanti generali, e delle cause mitiganti od aggravanti speciali; (Illustrazione del codice pen. austr. p. 559 nota ** ed. ted.) Imperocchè detto codice non ammette cambiamento sia del modulo sia della natura delle pene che in quei reati, pei quali esso lo stabilisce espressamente. (G.)

(1) Per es. devesi avere riguardo alla buona fama, alla povertà, ed alle occasioni seducenti, ecc.

tanto rende possibile estimare esattamente il valore dei singoli fondamenti della commisurazione della pena (1).

§ 64. III. *Informazione stragiudiziale.*

Quand'anche i Codici e le guide non facciano cenno di un terzo sussidio del difensore, della stragiudiziale informazione, non isfuggirà tuttavia all'accorto e coscienzioso difensore l'utilità del medesimo in molti casi (2), e propriamente, in tutti quei casi in cui lo studio degli atti od il colloquio non porgono sufficienti materiali alla difesa, oppure accennano a tracce che solo mediante la stragiudiziale informazione ponno ulteriormente seguitarsi. Ella diviene particolarmente necessaria 1. ove il difensore voglia avere minute notizie intorno al carattere di alcuni principali testimonii. Se codesti testimonii vengono dipinti negli atti quali persone non sospette, e l'imputato e il suo difensore non li conoscono troppo da vicino, il difensore deve istituire informazioni intorno ai medesimi presso coloro i quali ebbero occasione di osservarli nelle differenti situazioni di loro vita (3). Cotali informazioni stragiudiziali saranno pur giovevoli 2. allorquando si tratti di circostanze che l'imputato non può far conoscere da sè, quali sarebbero affezioni mentali alle quali egli andasse per avventura soggetto. In questo caso è rilevante l'informazione intorno alle condizioni mentali dei genitori dell'imputato (4), a quegli accidenti della vita di quest'ultimo, che poterono forse cagionare in lui fenomeni morbosi (5), ed al suo contegno nei differenti stadii dell'anteriore sua vita, onde rimarcare in questa fatti o detti strani, da cui si possa indurre l'esistenza d'una perturbazione mentale. 3. Particolarmente opportuna è l'informazione stragiudiziale fatta col mezzo di periti in quei casi in cui occorrano cognizioni tecniche, ed importi in ispecie di fermare, se certi dati contenuti negli atti si possano eziandio ammettere dietro i principi dell'arte, come per es. se un testimonio racconti, che l'ucciso, dopo avere già ricevute più ferite mortali,

(1) Per es. se taluno commette un delitto contro suoi congiunti, è questa una causa *aumentante* la pena; ma se il difensore osserva all'imputato, che egli ha commesso un grave misfatto, e gli richiede giustificazione, al qual uopo gli domanda in qual modo quel congiunto solesse trattarlo, e viene a sapere di aspri e quasi crudeli trattamenti, ciò gli fornirà materia di sventare quella causa.

(2) *Bauer*, *Guida*, § 64.

(3) Per es. informazioni presso le famiglie nelle quali l'imputato prestò servigio.

(4) Importante per riguardo alle malattie ereditarie.

(5) Per es. se l'imputato fece prima una grave caduta, da cui ne riportò una lesione al capo.

parlò tuttavia, od altri voglia aver veduto qualche cosa pel buco di una serratura. In generale però vuolsi consigliare al difensore che non si accontenti facilmente del parere dei periti deposto negli atti, mentre continui sono i progressi della medicina giudiziaria, ma si informi invece presso altri periti, se le premesse da cui i primi partirono siano rette secondo i lumi attuali della scienza (1), se le indagini loro siano state debitamente istituite, e qual valore si meritino (2), e se gli argomenti addotti da essi siano convincenti (3). La sua propria accortezza guiderà il difensore nell'intraprendere informazioni presso quelle persone, le quali per la loro arte o per la loro esperienza sono meglio in istato di dare un parere persuasivo intorno al caso di cui si tratta. Non appena egli ha un filo di speranza di ottenere con tal mezzo qualche elemento per la deduzione della prova di difesa, non deve trascurare il sussidio della stragiudiziale informazione.

= L'informazione dei difensori onde apparecchiare materiali per la difesa, segnatamente dopo i rilevanti progressi delle scienze naturali e della psichiatria in tutti i loro rami, deve farsi intorno a tutti i punti tecnici mediante interpellazione di periti. Ma siccome col progredire della scienza crebbero altresì i dispareri dei periti, l'opportuno giudizio intorno alle contraddizioni dei medesimi sarà possibile soltanto a colui, il quale conosca a puntino quei progressi, mentre i periti vecchi spesse volte non ne sanno nulla e li guardano anzi con disprezzo per effetto di sinistre prevenzioni. Dicasi ciò in particolare dell'uso del microscopio (4), dell'influenza delle malattie mentali (5), della scoperta di traccie di alcuni veleni (6). Una difesa illuminata e felice non potrà condursi in questi simili casi, che da un difensore istrutto del più recente stato della scienza, ed il quale si informi presso abili periti, cui può eziandio proporre nell'interesse della difesa. =

(1) Dicasi ciò p. es. parlando nell'infanticidio, nel quale tanti medici versaro in gravi errori intorno alla prova polmonare.

(2) Per es. nelle prove istituite sopra veleni.

(3) Per es. nei giudizii chimici.

(4) Per es. per distinguere macchie di sangue, o di sperma, nelle quali ricerche non può decidere che l'osservazione microscopica.

(5) Per es. relativamente agli effetti delle allucinazioni.

(6) Si ponga mente al caso di *Palmer* in Inghilterra, per riguardo alla scoperta di traccie di stricnina.

SEZIONE IV.

Della Cura del difensore circa la pienezza degli Atti in riguardo alla prova di discolpa.

§ 65. *Nozione di questo dovere in generale.*

Se l'ufficio del difensore si restringesse a compilare una scrittura di difesa desunta dai materiali contenuti negli atti, egli correrebbe pericolo di attribuire a certi fondamenti di imputazione, che negli atti si presentano, troppo più di valore che non si meritano, oppure di trascurare motivi di discolpa, risiedenti bensì nel fatto stesso, ma non abbastanza dilucidati negli atti. La facile possibilità che il Giudice o per mancanza di cognizione (1) o per una sinistra prevenzione contro l'incolpato, oppure per esagerato zelo d'ufffcio non indaghi a dovere i fondamenti della discolpa, fa sì che le legislazioni richieggano un nuovo esame degli atti fatto dal consigliere dell'imputato alla chiusura dell'inquisizione (*), imponendogli a dovere di adoperarsi per la pienezza dei medesimi intorno

(1) Torna qui in acconcio un passo di *Gensler*, nella sua *Raccolta di casi giuridici*, (Pref. p. 7) in cui dice: L' *imperizia dei giudici assai più che la valentia di tutti quanti i migliori difensori può salvare i delinquenti dalla meritata pena.*

(*) Alla chiusura dell'inquisizione, e prima che abbia luogo il dibattimento finale a voce, il Regol. del Proc. pen. austr. 29 luglio 1853 permette all'accusato ed al suo difensore di ispezione degli atti (§ 218). Proposte per completamenti degli atti sono permesse da quel Regolamento tanto all'accusato, quanto al suo difensore; ma solo ove se ne faccia istanza dai medesimi al Tribunale non più tardi di 24 ore prima del giorno fissato pel dibattimento (§ 220) Per dare al difensore tutto l'agio di esaminare gli atti, e di procacciarsi di notizia nuovi mezzi di prova che sarebbero da adoperarsi, lo stesso Regolamento non rifiuta il difensore le necessarie proroghe (§ 221). (G)

ai punti di discolpa dell' imputato (1). Il difensore, che sa doversi gli atti recare innanzi ai Giudici onde pronuncino, non può perdonarsi cura alcuna, affinchè loro pervengano completi, cioè tali, in cui non manchi alcuno dei motivi di discolpa che esistono realmente nel caso proposto (2). Se pertanto egli riceve atti nei quali non si riscontrano ancora certi fondamenti che gli fornirebbero opportuni materiali per la sua difesa, oppure si accorge, che, ove più sottilmente si fosse esaminato dall' inquirente un preteso argomento di imputazione, l' importanza di questo sarebbesi impiccolita, deve cercare di riparare a queste mancanze, eccitando l' inquirente a scrutare più pel sottile i punti non ancora abbastanza esaminati, procacciandosi così una massa di argomenti di difesa, coi quali poi andrà tessendo la sua scrittura difensionale (3). Dal che emerge chiaro, che l'opera del difensore intorno al completamento degli atti deve sempre precedere ala compilazione della scrittura di difesa (4).

(1) *Quistorp, Principii*, § 688. *Bauer, Principii*, § 215. *Tillmann, Manuale* IV, § 774. *Martin, Processo criminale*, § 181.

(2) Dir. crim. pruss. § 485. Cod. pen. bav. Parte II, Art. 147. Regol. proc. crim. vitembergh. § 281.

(3) Quando il relatore investiga la pienezza degli atti, ed osserva se vi occorrano o no completamenti, egli ha in ciò una tutt' altra mira da quella del difensore. Quegli vuol ottenere atti, i quali siano egualmente completi in relazione alla *reità*, ed alla *innocenza*, e quindi ogni qualvolta osserva che un testimonio non fu sentito, o gli si fa palese un difetto qualunque di forma, che si oppone alla credibilità di quello, come per es. ommissione del giuramento, oppure crede di potere conseguire una confessione mediante confrontazione od altrimenti, egli deve promuovere completamenti degli atti. Quindi per lui vi ha difettosità negli atti ogni qualvolta una circostanza che potrebbe condurre a discoprire la reità non fu investigata a dovere. Il difensore all'incontro cerca di avere materiali per la sua difesa, per lui quindi gli atti sono incompleti, quando non furono sufficientemente investigati gli argomenti i quali conducono a scoprire una totale o parziale innocenza nel suo difeso. Le stesse lacune incorse nella condotta della prova della reità sono pel difensore argomenti di difesa, laonde il suo dovere relativamente ai completamento degli atti si riferisce soltanto alle circostanze che servono al suo scopo. Nessun difensore vorrà domandare per esempio, una nuova udienza dei testimonii, quando vi sia pericolo che più dettagliate domande dirette ai medesimi conducano a scoprire la reità dell'imputato. Se egli crede invece, che una nuova udienza dei testimonii farebbe scoprire un nuovo argomento di difesa, non può omettere di domandarla.

(4) Vuolsi qui porre attenzione ad una particolare attribuzione del difensore. Le nostre leggi permettono di rimuovere un giudice inquirente, allorquando esista sul conto suo un qualche sospetto. Se ora il difensore viene a sapere, che un tale sospetto si presenta nel giudice che funzionò fino allora, o segnatamente, se egli sa, che il giudice ha trattato illegalmente l'imputato durante l' inquisizione, egli è dover suo, prima ancora che gli atti vengano chiusi, di fare denunzia di tali circostanze al tribunale d'appello, e di richie-

§ 66. *Mezzi al conseguimento dello scopo.*

Dovendo il difensore adoperarsi a preferenza intorno alla pienezza della prova di discolpa, ma a questa prova opponendosi negli atti la prova di incolpazione, allora soltanto gli atti stessi gli sembreranno completi (avuto riguardo allo scopo che egli vuol raggiungere), quando tutti i fondamenti della difesa risiedenti nel fatto da difendersi, i quali rivelano una mancanza degli estremi di legge, (§ 24) o pei quali la prova di incolpazione può venire sventata, o resa totalmente o parzialmente inefficace, vi siano compresi. Se ora si considera attentamente la natura della prova di discolpa, chiaro si fa, (1) che questa è sempre diretta 1. od a dimostrare la non esistenza degli oggetti della prova di incolpazione, esibendo fatti contrarii a quelli contenuti nella medesima (2) *(prova di discolpa diretta)*, oppure 2. ad esibire circostanze le quali tolgano in tutto od in parte il diritto di punire, rimovendo le conseguenze di diritto che emanano dalla prova di incolpazione (3) *(prova di discolpa indiretta)*. Ogni qual volta pertanto una circostanza, la quale, ove fosse più accuratamente dilucidata *a)* torrebbe od indebolirebbe l'efficacia della prova di incolpazione, oppure *b)* contribuirebbe alla totale o parziale esclusione della pena, manca negli atti, il difensore, pel quale ogni simile lacuna è un impedimento alla difesa, deve adoperarsi perchè si assuma una nuova investigazione intorno alla medesima.

§ 67. A Dovere *in relazione alla prova diretta discolpa diretta* (*).

Poichè la prova di discolpa diretta si rivolge agli stessi oggetti intorno ai quali si aggira la prova di incolpazione, non può aver dessa altro

dere la costituzione di un giudizio diverso, il quale assuma imparzialmente le prove supplementari che rimangono. Imperocchè, se il precedente contegno dell' inquirente merita censura, non è cosa prudente confidare al medesimo la correzione del proprio fatto.

(1) *Feuerbach, Tratt.* § 570. *Stübel, Proc. crim.* Parte III, § 1094. *Martin, Proc. crim.* § 67.

(2) Per es. viene dimostrato, che il materiale del reato non fu provato, che l' imputato non può essere l' autore ecc. In questi casi combattesi immediatamente l'oggetto della prova contraria, siccome accade nel processo civile, quando si tratti della riprova propriamente detta.

(3) Per es. viene dimostrato, che l' autore agì in istato d' ubbracchezza, oppure essendo stato sedotto. Qui non si combatte la prova di incolpazione, ma si fa richiamo a fatti isolati, che escludono nel caso in ispecie il diritto di punire.

(*) Chi si farà a giudicare dei §§ 70 71. Sappia fin da questo punto, che l' autore non intese di esaurire in essi tutti i possibili rispetti. ma solamente di passare in rivista i più generali. Pertanto gli esempii contenuti in quei paragrafi non devonsi riguardare se non come cenni ed additamenti pei difensori inesperti.

scopo da quello di abbattere la certezza della reità, od i fondamenti dell'imputazione. Il novero degli oggetti della prova di incolpazione determina in pari tempo i punti contro i quali la prova di discolpa può essere rivolta. Ora tali oggetti sono: 1. la fattispecie che forma la base del reato: 2. l'autore: 3. i caratteri, i quali elevano il fatto a delitto. Siccome poi la certezza di tutti questi oggetti dipende dalla pienezza dei mezzi di prova offerti intorno ai medesimi, così il cômpito del difensore consiste: *a*) nell'indebolire il peso di ognuno di quei mezzi di prova, e propriamente *b*) riferendosi ad uno dei suesposti tre oggetti. Locchè accade 1. mediante la prova della impossibilità o della inverosimiglianza del risultato fornito dal mezzo di prova, 2. ovvero combattendo l'attendibilità di questo, come tale, oppure 3. coll'apposita prolazione di acconci mezzi di prova, i quali dimostrino il contrario della reità, e quindi si oppongano alle prove di quest'ultima, — Dietro qnesti riguardi il difensore si farà anche ad esaminare gli atti, ed ogniqualvolta non trovi in questi una circostanza importante, che potrebbe servire ad isventare i fondamenti dell' imputazione, ecciterà il Giudice ad emendare siffatta mancanza.

§ 68. α). *Sventamento della prova di incolpazione mediante la prova dell'impossibilità o della inverosimiglianza.*

Siccome la prova di imputazione perde ogni valore, ogni qualvolta si possa dimostrare che il risultato della medesima è per sè stesso impossibile od inverosimile, così molto importa al difensore la sussistenza di circostanze, le quali forniscano una siffatta controprova, e segnatamente il riscontrarsi negli atti siffatte circostanze. Pertanto in tutti i casi, in cui può condursi quella controprova, il difensore insisterà su di una nuova investigazione di quelle circostanze, e proporrà i mezzi probatorii a ciò acconci. Ciò accadrà propriamente: 1. ogni qual volta possa togliersi la certezza che siasi verificato il fatto addotto come base del delitto (1): 2. ogni qual volta col richiamo ad un nuovo esame delle circostanze locali, e colla prova dell'inverosimiglianza dell' intervento di una forza estranea si possa accertare che il fatto non fu conseguenza dell'opera delittuosa di alcuno (2). Nei grandi progressi attuali delle investigazioni sulla fallacia di certe apparenze, che si risguardavano una volta quali sicuri contrassegni

(1) Se per esempio egli puo dimostrare, non esservi certezza, che la persona della cui uccisione il suo cliente è imputato, sia stata veramente uccisa, essendo ella stata veduta in seguito da testimonii.

(2) Ciò è rilevante, quando per avventura il fatto possa qualificarsi a suicidio, dacchè la porta della stanza, in cui giaceva il cadavere, era serrata internamente. Uno studio interessante offrono qui al difensore i casi criminali contenuti negli annali di *Zachariæ*, tomo I. pag. 321 e i. *Casi*

di uccisione operata da terze persone (1), è necessario che il difensore, mentre adduce motivi per l'ammissione del suicidio, promova l'assunzione di migliori indagini, e l'intervento di nuovi periti (2). 3. In questo riguardo può eziandio essere rilevante la prova, che la conseguenza che si pretende delittuosa non poteva essere prodotta col mezzo adoperato. (3) 4. Onde dimostrare in particolare, che l'incolpato non potè essere l'agente, torna assai importaute pel difensore la prova, che il medesimo, al tempo iu cui accadde il fatto, trovavasi altrove (4). 5. Il difensore può altresì dimostrare, che l'incolpato non possedeva le qualità necessarie alla perpetrazione del reato (5), oppure 6. che giusta i caratteri riconosciuti del fatto questo non potè essere opera dell'imputato; perchè la causa e l'effetto non si accordano tra loro (6).

§ 69. β) *Mediante dimostrazione della non attendibilità dei mezzi di prova.*

Necessariamente debbono perdere la loro efficacia i fatti che appoggiano l'imputazione, allorquando i mezzi probatorii addotti per essi vengano mostrati nulli e non provanti. Siccome però ogni mezzo di prova allora soltanto ha forza legale, quando sussistano tutti i requisiti voluti dalla legge per la sua credibilità, così l'oppugnazione dell'attendibilità d'un mezzo di prova mediante la prova della mancanza di uno di tali requisiti sarà sempre il principale mezzo di sventare la prova di imputazione. Ora, ogni qualvolta il difensore possa provare fatti i quali tolgono per loro natura ogni attendibilità alla prova dell'imputazione, e la prova par-

criminali ragguardevoli di Pfister. Tomo 1, n. 3, e segnatamente il caso della morte del *Prince de Bourbon*. Vedi in proposito *il mio proc. pen.*. § 122 nota 1, e molti casi nei *lavori di medicina legale di Burdach*. § 185. Vedi anche il mio *proc. pen. alemanno*. II, § 122.

(1) Per es. l'erezione delle membra genitali, e l'effusione di sperma nei trovati appiccati. Vedi *Devergie, Médécine légale* I, p. 424. Il mio proc. pen. II, § 122.

(2) Raccomandiamo particolarmente allo studio *Helzfelder. Il suicidio nei suoi rapporti colla medicina legale*, Berlino, 1828 e *Friedreich, Manuale della medicina legale pratica* p. 880.

(3) Per es. taluno sarebbe imputato di avvelenamento con mercurio, ma i periti dicono il mercurio non essere un veleno.

(4) Ciò fornisce l'importante *exceptio alibi*. Cod. pen. bavar. Parte II. Art. 341. Sopra questa *exceptio*, (impropriamente detta), vedi *Hürlebusch Dilucidazioni intorno al diritto civile e criminale* Tomo 1. Capit. 14., e due ragguardevoli casi in *Mejan, Recueil des causes celèbres*. Tom. VII. p. 314. e *Klein, Annali* Tomo XVIII. P. 95.

(5) Per es. appellandosi ai periti, i quali depongono, che l'accusato di stupro e di prodotta gravidanza è assolutamente incapace al coito.

(6) Per es. il difensore dimostra che la palla trovata nel cadavere non può in alcun modo aggiustarsi alla canna della pistola, che l'imputato dovrebbe aver adoperata.

icolare dei quali non è ancora deposta negli atti, egli deve proporrà eziandio una investigazione suppletoria intorno ai medesimi.

Così può il difensore 1. in una ispezione giudiziale domandare più accurata indagine di certi punti, dai quali proviene qualcuno dei difetti della forza provante della ispezione, accennati dissopra al § 34 (1). 2. Dicasi ciò pure delle perizie (§ 45) (2); per queste in particolare, additando i difetti dell'osservazione o dei pareri dei periti, il difensore proporrà più precise e complete interrogazioni da farsi ai medesimi (3), od anche l'assunzione di nuovi periti. 3. Quanto alla confessione, il difensore può combatterne la credibilità, avuto riguardo ai requisiti della confessione annoverati dissopra ai §§ 34 e 35, provando cose (4), le quali dimostrino la confessione essere nulla o non pienamente provante (5) 4. Nella prova testimoniale il difensore può, avuto riguardo ai punti annoverati dissopra al § 39 40, insistere sulla prova e sulla investigazione di certi fatti, *a*) i quali diano sospetti intorno alla personale credibilità e capacità dei testimonii (6), o *b*), additino il difetto dei legali requisiti dell'esame testimoniale (7),

(1) Per es. il difensore può proporre testimoni a provare che non si ispezionò quell' oggetto che si doveva, o che gli oggetti furono scambiati.

(2) Per es. il difensore domanda l'esame di testimonj, i quali, o forniscono argomenti di sospetto a carico dei periti, ovvero depongono che i periti non osservarono completamente, o non furono nel numero prescritto.

(3) Una causa, per cui sovente inattendibili sono i pareri dei periti, sta nelle domande a loro mal dirette dai giudici (che pur troppo hanno sovente assai poca domestichezza colla medicina legale). A questo proposito è debito del difensore indicare nel miglior modo le domande da farsi, ed egli vi riuscirà meglio consultandosi intorno a ciò con abili periti.

(4) Quando per es. si possa provare l' esistenza di una minaccia, di un'ingannevole promessa, o di una protocollazione irregolare o del tutto falsa.

(5) Le leggi permettono espressamente di fornire codesta prova. Ma a comprendere quante difficoltà essa incontri, basti il riflettere che nel processo inquisitorio secreto non sono presenti alla confessioue che il giudice e l' attuario, che non vuolsi credere all'accusato che adduca una avvenuta cooazione (come sarebbe, ch' egli ha ricevuto dei colpi), di cui nulla consti negli atti. Nondimeno tal prove non è impossibile: 1. spesso ella può raggiungersi colla testimonianza dell' attuario, o dei praticanti, che furono presenti all' esame, o con quella degli inservienti del Tribunale: 2. nel caso in cui siasi falsamente annotata la presenza del giudice competente, questa falsità può spesse volte venir messa in luce colla prova che nel giorno dell'esame appunto l'istruttore si trovava in tutt'altro luogo. Nel primo per altro degli accennati casi il difensore deve far la proposta che quelle persone sieno sentite presso un altro tribunale, e sieno fatte giurare in modo speciale, altrimenti la presenza del giudice, da cui dipendono, incuterebbe loro troppo timore.

(6) Per es. proporre testimoni, i quali depongano, che i testimonii adoperati nella prova furono corrotti, o istrutti, od erano nemici dell' accusato.

(7) Per es. si prova, che i testimonii furono violentati o soprafatti dal giudice.

o *c*) dai quali si rilevi un errore fondamentale su cui si fonda la deposizione dei testimonii (1), oppure *d*) può richiedere un ripetuto uso di tal mezzo di prova, e porre in chiaro certi punti, i quali, ove l'esame venga più accuratamente rivolto ai medesimi, abbiano a mostrare *a*) la mancanza dell'intrinseca credibilità di un singolo testimonio, ovvero *b*) il difetto di contestualità di parecchi testimonii. 5. Riguardo a documenti (2) il difensore può richiamarsi a nuove prove, dalle quali sia per risultare il difetto di credibilità, o la mancanza dei requisiti legali della prova per documenti, (vedi sopra § 41) (3).

§ 70 γ). *Mediante produzione di apposite contrarie prove.*

Non di rado il difensore può dimostrare l'insussistenza di certi fatti racchiusi nella prova di imputazione, coll'addurne degli altri immediatamente opposti ai primi, e ciò propriamente: 1. in relazione all' esistenza od alla natura del fatto (4): 2. in relazione ai caratteri del materiale del delitto (5), ed alle conclusioni che si possono desumere da certi fatti (6): 3. in relazione all'imputato quale autore (7): 4. in relazione alla esistenza della prava intenzione (8). Ogni qualvolta il difensore trovi omesso negli atti un mezzo di prova relativo a tali fatti, il quale servirebbe a sventare la prova di incolpazione, è suo dovere domandarne l'investigazione. Pertanto egli può 1. domandare una nuova ispezione, 2. insistere sull'ammissione di nuovi periti, 3. proporre testimonii i quali

(1) Per es. si dimostra l'errore nella persona a cagione di una ricognizione non seguita nei debiti modi.

(2) Quante volte si rivela la falsità delle deposizioni testimoniali, allorquando i diversi testimonii vengono interrogati per la seconda volta più minutamente, intorno al tempo, al luogo, alle vesti ecc.

(3) Per es. si propongono testimonii a provare, che i documenti vennero falsificati.

(4) Per es. due testimoni depongono, che, quando essi trovarono il cadavere giacente nella camera, la porta di questa era forzata. Or bene, a questi si possono opporre due altri testimoni che prima di loro siensi recati nella stessa camera, e che depongono che la porta ne era chiusa per di dentro, sicchè si dovette appunto forzarla.

(5) Per es. dimostrando che le traccie denotanti violenze scoperte sulla testa d' un neonato sono effetti di particolari condizioni morbose.

(6) Per es. per dare una spiegazione intorno a macchie di sangue che si trovassero su qualche oggetto, si prova che in quel luogo taluno subì una emorragia.

(7) Per es. due testimonii accusano *A* quale autore principale di una rissa, avvenuta in una taverna: quattro altri testimonii, che furono in quel tempo nella taverna depongono che *A* tenne il più tranquillo contegno e non partecipò in alcun modo alla rissa.

(8) Ciò riesce importante laddove (giusta il § 44) è ammessa una *præsumptio doli*, e si esige quindi dall'accusato una prova del contrario.

non furono ancora ascoltati o non lo furono sui debiti punti, 4. produrre, nuovi documenti. Segnatamente però riescirà importante siffatta riprova in tutti quei casi, nei quali le leggi, stabilendo presunzioni, riguardano come provati certi fatti, (vedi sopra § 44 e 45), ma concedono all'imputato una deduzione di prova in contrario. La produzione dei mezzi di quest'ultima prova, i quali di consueto non vengono abbastanza esaminati, ed esposti negli atti, è sommamente rilevante. Il difensore deve a quest'uopo:

1. mostrare l' impossibilità od inverosimiglianza dell' esistenza della prava intenzione, desumendola 1. dalle conosciute relazioni locali, od altre di fatto, 2. dal carattere dell' imputato in generale, 3. dal contegno dell'imputato prima, durante e dopo il fatto (v. § 44).:

2. fornir prove onde mettere in luce la vera (non delittuosa) indole del fatto. Ed a quest'uopo egli può *a*) insistere sulla assunzione d' una nuova oculare ispezione (1), oppure *b*) richiamarsi a nuovi periti (2), oppure *c*) proporre testimonii i quali *α*) o furono presenti all' accaduto, o *β*) depongono intorno al contegno dell' imputato ed alle sue personali relazioni, ovvero *γ*) lo viddero prima o dopo il fatto, e ponno offrir quindi nuovi appigli alla difesa.

§ 71. *B. Dovere in relazione alla prova di discolpa indiretta.*

***a*) appoggiata a motivi i quali tolgono del tutto il diretto di punire.**

Se il difensore trova o negli atti, o mediante il colloquio, tracce di fondamenti idonei a rimuovere totalmente la punibilità dell' imputato (3), e gli si fa manifesto, che la prova dei medesimi manca del tutto, oppure è incompletamente esibita, egli debbe aver cura che quei fondamenti vengano ora pienamente provati, o per lo meno resi verisimili, dacchè ciò solo può bastare ad impedire l'applicazione della pena (*). Ogni qualvolta manchino prove in questo riguardo, il difensore debbe aver cura, che vengano supplite. E qui egli è obbligato. 1. a provare i fatti pienamente od almeno fino alla probabilità, dei medesimi, 2. ed in modo legale, 3. e, poichè egli si richiama pel primo a questi fatti, a proporre eziandio gli opportuni mezzi di prova. Ogni qualvolta mediante

(1) Per es. la presunzione della prava intenzione può sovente venir esclusa coll' esaminare la posizione dell'autore rispetto all' ucciso, le relazioni sussistenti tra loro, le circostanze, ecc.

(2) Quando per es. taluno ferì un altro con un fucile, che improvvisamente si scaricò, i periti possono giudicare della natura e della facilità della scarica, avendo riguardo alla qualità della costruzione del fucile.

(3) Per es. demenza, imbecillità, necessaria difesa, ecc.

(*) Il Regol proc. pen. aust. del 29 Luglio 1853 riconosce espressamente che la sola probabilità dell' innocenza dell' imputato può salvarlo dalla pena, prescrivendo, che i giudici non possono condannare l' accusato come reo quando, avendosi le prove legali della sua reità, rimangono loro tuttavia dubbj intorno alla reità stessa. (§ 260) (G).

un legale mezzo di prova, il quale *a*) o non fu adoperato affatto (1), o *b*) non lo fu ancora debitamente (2), il difensore può esibire od *α*) una prova immediata di quei fondamenti, (3) o *β*) presunzioni che vi si riferiscono, egli deve (4) 1. additare al giudice quel mezzo di prova, 2. presentargli il fondamento da indagare (5), ed eccitarlo ad una ulteriore accurata assunzione della prova.

§ 72 *b*) *Appoggiata a motivi i quali escludono in parte il diritto alla pena.*

Se il difensore osserva, che certe circostanze, le quali contengono generali o speciali motivi di mitigazione, o di diminuzione di pena (§ 47 e 48), e sono realmente fondate nel caso da difendere, non vennero affatto, o non debitamente chiarite negli atti, egli deve rivolgere ad esse la sua deduzione di prova. Nei codici contenenti leggi penali assolutamente determinate una data circostanza può valere come causa mitigante, e nei codici contenenti leggi penali relativamente indeterminate la stessa circostanza può valere come causa diminuente la pena, ma nell'un caso e nell'altro, appoggiandosi dessa ad un fatto, se ne deve dare la prova. A questo fine il difensore esibirà qualsiasi legale mezzo di prova, siccome accade allorchè si tratta di motivi che escludono la pena (§ 70), e, nel caso in cui la prova sia mancante negli atti, insisterà sulla assunzione suppletoria di essa, per la quale proporrà eziandio gli gli opportuni mezzi.

§ 73. *Osservazioni generali sul modo di proporre.*

Riguardo ai mezzi coi quali il difensore può provare i fondamenti di discolpa, vige la massima, coi che quegli stessi mezzi di prova quali si può sostenere l' incolpazione, servono anche per la difesa (6). Il difensore può soltanto additare al Giudice le nuove prove che rimangono ad assumersi, egli medesimo non è competente a dirigerne l'assunzione, la quale è piuttosto mansione del Giudice inquirente. A tal uopo

(1) Per es. periti, i quali non furono peranco sentiti

(2) Spesse volte risulta che furono bensì esaminati i testimonii intorno a certe circostanze, ma non si fecero loro le opportune domande; in questi casi il difensore può insistere perchè si ripeta il loro esame.

(3) Per es. testimoni che furono presenti al fatto viddero che l' accusato fu assalito dall' avversario.

(4) Laonde nel caso per es. di necessaria difesa, il difensore può offrire testimoni i quali depongono che l' interfetto era assai rissoso, e l' accusato invece assai pacifico; che quegli avea già prima minacciato quest' ultimo, portate seco armi, ecc.

(5) Nominerà quindi i testimoni, ed indicherà le circostanze, sulle quali devono essere interrogati.

(6) Cod. bav. II, art. 336.

il difensore può addurre in un apposito breve scritto (1) quanto dovrebbe ancora essere provato, nominare i testimonii da sentire, e determinare esattamente e compiutamente le circostanze (2), sulle quali dovrebbero i medesimi essere interrogati (3), oppure nel termine prescritto alla difesa, esibire a protocollo tutte le prove di discolpa, e quanto in generale spetta ad una ulteriore inquisizione (4), dopo di che il Giudice rigetta immediatamente le proposte inconcludenti, ed atte soltanto a prorogare, ma reca negli atti le altre, e di ciò dà notizia al difensore (5) (*).

Vuolsi in tal proposito consigliare specialmente al difensore 1. che non si accontenti della sola richiesta, che un testimonio venga ancora una volta sentito, perchè in tal caso o il naturale amore del proprio comodo, o il desiderio che la fatta proposta appaia superflua, ponno indurre di leggieri l'inquirente ad eludere l'intento del difensore con domande affatto superficiali. Ottimo costume sarà quindi piuttosto che il difensore stesso additi precisamente i punti sui quali i testimonii debbono essere esaminati. 2. Eziandio per riguardo ai periti, se il difensore ritiene necessario un nuovo parere, è necessario che egli proponga al Giudice le domande precise che devono essere loro fatte, al quale uopo gli sarà utile spesse volte l' interpellare egli stesso altri periti, onde non valersi di espressioni inopportune. 3. La proposta di completamenti da introdursi negli atti non deve mai omettersi dal difensore, quand'anche egli abbia una appena lontana speranza, che si possa conseguire con ciò un pronunciato favorevole all'imputato. Ma un erroneo concetto del proprio ufficio mostrerebbe avere quel difensore, il quale, in casi di reale imperfezione degli atti circa alla reità, insistesse tutta-

(1) Lo scritto a ciò presentato non è ancora la vera scrittura difensionale, ma contiene soltanto: 1. l' indicazione dei punti che hanno d'uopo d' essere ancora investigati; 2. le esibizioni dei mezzi di prova sul cui uso il difensore insiste; 3. la domanda fatta al giudice che si prendano gli opportuni provvedimenti.

(2) Vedi *Stübel, Proc. crim.* IV, § 2392 e seg.

(3) Giusta la consuetudine giudiziaria di varii stati il difensore presenta articoli difensionali. Vedine un esempio in *Kuppermann, Raccolta di scritture difensionali* n. 1. pag. 19; Vedi anche *Gerstuecker, Insegnamento* I p. 163.

(4) Cod. bav. art. 147.

(5) Cod. bav. art. 148.

(*) Il Regol. proc. pen. austr. del 29 luglio 1853 permette al difensore di proporre al Tribunale non più tardi di 24 ore prima del dibattimento finale, quei fatti o quelle prove, sia testimoniali, sia peritali, che egli credesse doversi tuttavia constatare ed assumere, onde il caso da giudicarsi sia conosciuto in tutta la sua pienezza Dietro cotale proposta del difensore, il Tribunale può ordinare al giudice inquirente nuove investigazioni, ed in base a queste deviare dal conchiuso di accusa, ancor prima che abbia luogo il dibattimento finale (§ 220) (G).

via sul completamento loro, sebbene avesse ragione di temere che per tal mezzo non fosse invece per acquistare vigore la prova stessa di incolpazione (1). 4. Allorquando sono necessarj completamenti degli atti, perchè il difensore voglia censurare mancanze commesse dal Giudice (2), non si può con sicurezza affidar l'assunzione di quelli al Giudizio medesimo che funzionò precedentemente, ed il miglior partito è qui di indicare tali mancanze al Giudice superiore, domandando la nomina d'un nuovo inquirente. 5. Se il Giudizio diniega l'assunzione dei completamenti, che il difensore domandò, e questi li reputa affatto necessarii, egli può rivolgersi con gravame al Giudice superiore, perchè sarebbe cosa contraria al dovere del difensore l'edificare una difesa su atti difettosi intorno alla prova dell'innocenza. 6. Ma il coscienzioso difensore si guarderà dal domandare nuovi completamenti, allorchè è prossima l'espirazione del termine prefisso alla difesa, col solo scopo di ottenere proroghe, le quali prolungherebbero insieme l'arresto dell'imputato.

§ 74. *Contegno del difensore nella trattazione pubblica ed orale.*

La difesa dell'accusato, laddove è introdotta una trattazione pubblica ed orale, assume un particolare indirizzo, secondo che il processo sia basato siffattamente sul principio dell' oralità, che la sentenza non possa venir pronunciata che in base alla trattazione orale seguita dinnanzi al giudizio ragunato, e questa trattazione orale venga risguardata come il vero processo criminale diretto contro chi fu posto in istato di accusa, oppure si ammetta soltanto una trattazione orale dopo chiusa l' inquisizione. (3)

Nel primo caso, l'atto d'accusa, che viene comunicato all'imputato ed al suo difensore, è la base che determina il procedimento della difesa. Siccome in pari tempo si deve partecipare all'accusato (4) anche la lista dei testimoni da citarsi alla sessione, così (5) il difensore viene a conoscere

(1) All' autore è noto un caso in cui un tale era accusato di un furto. Tre testimonii deponevano contro l'imputato, ma non erano concordi nel riconoscimento dello stesso. Nel corso dell' inquisizione si trovò che due altri testimoni erano presenti, quando il furto fu commesso. L' imprudente difensore domandò l' esame di questi due testimonii, sebbene avesse potuto prevedere che avrebbero deposto contro l' imputato, mentrecchè se i medesimi non fossero stati sentiti, egli avrebbe potuto trar vantaggio dall' imperfezione della prova.

(2) Per es. se il difensore vuol provare, che il giudice ha costretto con battiture l' imputato alla confessione.

(3) P. es. secondo il regol. proc. pen. virtembergh. § 281.

(4) In Francia questa lista è composta dal procuratore di stato Secondo il cod. bav. art. 193 il Tribunale circolare decide quali testimonii debbano essere citati.

(5) L' intervallo di tempo è troppo breve nel codice francese. La lista deve

quali testimoni saranno adoperati contro il suo difeso. Egli è qui dovere del difensore di informarsi presso l'imputato delle eccezioni che egli può fare ai testimoni, e di imparare a conoscere costoro più da vicino mediante informazioni stragiudiziali.—Ma in questo proposito egli è altresì precipuo dovere del difensore lo investigare quali testimonii possano venir citati nell'interesse del proprio cliente (1). Quando egli presuma che le deposizioni di un testimone sieno state infedelmente o incompletamente assunte a protocollo durante l'inquisizione, e si tratti di circostanze da cui si possono derivare indizj a carico dell' imputato, deve proporre che il testimonio stesso venga citato alla sessione(2). In particolare poi avrà cura il difensore che sia fatta la debita citazione anche dei periti. A quest' uopo egli deve sopratutto informarsi presso altri periti, quale influenza il parere dei primi possa esercitare nello stabilire il fatto materiale, o nell'indurre la certezza dei fatti dai quali il Tribunale può derivare indizj: ed inoltre, se quel parere sia basato sovra ipotesi tecniche ammissibili, e sia in armonia coi più recenti progressi della scienza, e colle recenti esperienze. Nè mai egli ometterà di proporre che sieno citati nuovi periti idonei, di cui indicherà il nome, allorquando possa sperare che il loro voto indebolirà quello dei periti già assunti. In pari tempo il difensore si procaccierà l'istruzione necessaria per presentarsi alla sessione ben preparato e conoscere i punti più influenti, sui quali dirigere le opportune domande ai periti nuovamente citati.

Ove la legislazione stanzj che, solo dopo terminata l'inquisizione, abbia luogo un dibattimento finale innanzi ai giudici della decisione, la preparazione del difensore ottiene un indirizzo affatto diverso dal precedente. In tal caso, l' atto d' accusa della Procura di Stato viene comunicato al difensore (3), e gli si permettono da questo momento l' ispezione degli

essere comunicata all' accusato 24 ore prima dell' esame dei testimonj. *Cod.* art. 315. Acremente rampogna questo difetto della legislazione anche *Berenger*, *De la justice criminelle en France*. p. 442. Si dà per ragione di questa prescrizione francese la possibile corruzione dei testimonj, se fosse accordato un intervallo maggiore. In parte può il presidente ovviare a questa restrizione (art. 269), ma questo diritto di citare nuovi testimonii, che non si trovano sulla lista è spesso molto gravoso per l' accusato, perchè d'improvviso gli vengono condotti dinanzi testimonii, dei quali egli non aveva dapprima notizia alcuna. Secondo il codice badese (art. 198) la lista viene comunicata 10 giorni prima della sessione.

(1) Secondo il codice badese (art. 193) il tribunale non ha obbligo di citare parecchi testimonj, ed ha anzi il diritto di ordinare eziandio la sola lettura delle deposizioni di testimonj già sentiti.

(2) L'esperienza insegna in Francia, che spesse volte soltanto nella sessione, finale un più minuto esame dei testimoni indebolisce la forza di un indizio che riposa su di una deposizione testimoniale.

(3) Regol. *proc. pen. wirtemberg*, § 269.

atti ed il colloquio coll'imputato. Il difensore ha bensì facoltà di proporre quei completamenti degli atti che avvisasse importanti (1). ma insieme a tali proposte egli deve presentare una difesa scritta dell'imputato riguardo al punto principale, attenendosi allo stato attuale degli atti (2). Codesta scrittura difensionale viene poi comunicata alla Procura di Stato, la quale però non fa le sue proposte che alla trattazione finale, ed ha tempo e modo di raccogliere ulteriori materiali, coi quali ribattere con vantaggio la difesa, e sorprendere il difensore non preparato. Evidentemente la difesa non è in buona condizione in questo sistema, — Del resto ove la legge (3) permetta al difensore di far proposte, perchè si citino al dibattimento finale testimoni nuovi, o siano esaminati di nuovo testimonii già sentiti, egli deve usare di tale diritto tutte le volte che appena gli sia lecito sperare, che dalla prova da assumersi la difesa possa trar qualche profitto.

= L'esame delle moderne legislazioni ci fa accorti, che una cotale preparazione alla difesa, affinchè la trattazione male non proceda parzialmente a solo vantaggio dell'accusatore, già favorito dalla sua stessa posizione, ma altresì con riguardo all'interesse dell'accusato, non vi è soddisfacentemente provveduto. 1. Il difensore non ha tempo sufficiente di predisporsi, e di raccogliere tutte le informazioni, le quali sogliono rubare molto tempo, perchè la seduta è fissata a poca distanza dalla chiusura dell'inquisizione, e il difensore troppo tardi sa quali testimonj l'accusatore vuol citare (4). Perciò può tornar spesso indispensabile che il difensore domandi una proroga della seduta, allegando p. es. che egli non potrebbe produrre prima i testimonj della difesa. 2. Pregiudizievolissima alla difesa (5), è la regola stabilita dalle moderne leggi (6), che il difensore, ove desideri produrre nella sezione nuovi testimonii non proposti dall'accusatore, debba indicare al Tribunale questi testimonj, ed i punti, pei quali reputa importante la citazione, a tal che dipende, dal beneplacito del tribunale che esso voglia riconoscere la rilevanza dei medesimi, ed acconsentire quindi la citazione dei testimonj. Con questa di-

(1) Egli non dovrebbe mai trascurare di servirsi di questo diritto, quando appena potesse sperare di guadagnare qualcosa in favore della prova di difesa mediante il completamento.

(2) E questa una conveniente disposizione. Come può mai consigliarsi ad un difensore, il quale spera di cambiare affatto lo stato dell'inquisizione mediante i completamenti, di produrre una difesa fondata su atti inesatti od incompleti?

(3) *Regol. proc. pen. wirtemberg* § 278.

= (4) Vedi lamenti in proposito anche presso *Trébutién: Cours de droit crimin.* § 369. =

= (5) Anche il regol. proc. pen. austr. accorda tali domande di proroghe § 221. =

= (6) Regol. *proc. pen. austr.* § 220. Regol. *proc. pen.* della Sassonia reale § 261. *Legge Badese* del 1851 § 86. =

sposizione troppo si fa dipendere dall'arbitrio dal Tribunale, e la difesa ne può facilmente venire danneggiata, perchè spesse volte il difensore istesso non può sapere quali domande sarà per fare ai testimonj da lui proposti, e corre quindi pericolo, che il Tribunale, non apprezzando abbastanza imparzialmente il caso, rifiuti l'udienza dei testimonj (1). 3. Peggiore ancora si fa la cosa per riguardo ai periti, se anche per questi il difensore deve indicare preventivamente, per quali ragione egli voglia proporne di nuovi, cosicchè eziandio in questo caso il Tribunale debba decidere intorno alla loro ammissione. Imperocchè quanto ai periti molto decidono le opinioni, e il difensore suol cercare di combattere le vedute dei periti proposti dalla procura di stato colla citazione di altri perit meglio informati (2)

=§ 74. *a) Assunto del difensore introdotta che sia la trattazione pubblica ed orale.*

Poichè è dell'essenza del procedimento orale pubblico, che sulla base della proposta accusa, e sotto la scorta del presidente vengano poste in luce dal procuratore di stato quale rappresentante del pubblico ordine, e dal difensore dell'accusato tutte le prove della reità, e dell'innocenza, e messi, a profitto tutti i mezzi conducenti alla scoperta della verità, e che da una parte la prova dell'accusa, dall'altra quella della difesa vengano proposte alla presenza dei giudici decidenti, l'opera del difensore durante la trattazione pubblica dev' essere rivolta a respingere ogni parzialità della medesima, a far sì che il procedimento riposi sulla più rigorosa legalità, ogni prova sia calcolata, e riferita del pari alla condanna ed all'assoluzione, e tutto sia fatto debitamente risaltare, che possa preservare i giudici da una immatura ammissione della reità, e tornare importante per la difesa. Il difensore pertanto è una delle persone principali nella trattazione pubblica ed orale, ed ogni ommissione nel suo dovere di promuovere una tratttazione giusta, completa ed imparziale pregiudica l'interesse dell'accusato. Pertanto l'attività del difensore deve essere rivolta 1. ad opporsi ad ogni proposizione del procuratore di stato, che non sia fondata nella legge, e che possa tornar pregiudizievole al suo accusato e ad impedire che si dia esecuzione alla medesima (3). 2. Specialmente nell'esame dei testimonii il difensore ha dovere di far sì, che l'interrogatorio non accada in modo parziale, ed a solo vantaggio dell'accusa: che non si facciano domande non ammissibili in legge, e tendenti unicamente

(1) Vedi la mia memoria nel Magazzino pel diritto badese, I p. 435.

(2) Vedi la mia opera: *La legislazione e l'amministrazione della giustizia nel proc. pen. Erlangen.* 1836 p. 419.

(3) = Se per esempio il procuratore di stato vuole produrre suppletoriamente dei testimonii, che non istavano sulla lista. =

a confondere il testimonio (*). Il difensore stesso deve fare domande, o per mostrare l'incapacità o la inattendibilità del testimonio (1), oppure per obbligarlo a deporre intorno alle più piccole circostanze di sua asserzione, alla causa di sua scienza, ed a fatti inconciliabili colla sua deposizione, per cui questa non meriti fede (2). Il difensore deve, ogni qualvolta la legge gli permette di fare immediatamente interrogazioni a testimonii (3), dirigere ai medesimi tutte quelle che egli reputa opportune a conseguire la scoperta della verità. Laddove la legislazione obblighi il difensore a chiedere al presidente (4) la proposta di certe interrogazioni, ed il presidente vi si rifiuti, debbesi aver cura che il rifiuto sia constatato a protocollo (5). 3. Specialmente tornerà importanti l' opera del difensore nella udienza dei periti, perchè la credibilità del parere dei periti dipende da una catena di presunzioni (6), e siccome negli immensi

(*) Nel Regol. proc. pen. austr. del 29 luglio 1853 niente vieta al difensore di opporsi durante il dibattimento alle domande che venissero fatte ad un testimonío da qualunque delle persone che prendono parte alla seduta, coll' intento di confonderlo e fuorviarlo. Imperocchè, mentre quel Regol. esige espressamente, onde le testimonianze siano attendibili, che non le siano state carpite col fuorviare il testimonio (*Verleitùng*, §. 269. *a*) o con raggiri di parole (*verdrehung*, ibid) esso non permette nemmeno che le domande fatte durante il dibattimento, da qualunque delle persone che ne hanno diritto, (§ 243) sortano effetto senz'altro, ma le sottopone a quest'uopo alla previa approvazione del presidente del dibattimento (ibid.) Ora, egli è appunto nell'intervallo di questa approvazione, o, a meglio dire, nel tempo in cui il presidente riflette se alla domanda proposta sia o non sia da vietarsi la risposta da parte della persona interrogata (Ord. Minist. 13 Genn. 1857), che il difensore può opporsi all' efficacia di una domanda che scorgesse idonea od intesa a fuorviare od a confondere la persona interrogata, per via di una osservazione fatta al Presidente. La facoltà di ciò fare sembra contenuta in quella più generale accordata dalla legge al difensore, di *far valere tutto ciò che può essere utile per giudicare della credibilità di un testimone* (§ 244). E se la domanda che il difensore vorrebbe impugnare per quella ragione fosse partita dal Presidente, egli ancora lo potrebbe in virtù di quella generale facoltà, e collo stesso mezzo di una diretta osservazione al Presidente, la quale cadrebbe in quella categoria di opposizioni fra una parte ed il Presidente durante il dibattimento, che il Regol. aust. contempla, rimettendole alla decisione immediata del Tribunale (§ 227). (G.)

(1) = Per es. mediante domanda intorno a rapporti, i quali dimostrano che il testimonio non merita piena credibilità. =

(2) = Per es. perchè il testimonio depose in modo contrario presso altre persone, fuori del tribunale. =

(3) = Per es. secondo il Regol. proc. pen. austr. § 243. =

(4) = Per es. in Francia, presa in ciò sventuratamente a modello dalle più recenti legislazioni, ad eccezione della Bavarese, ed Austriaca. =

(5) = Onde potervisi riferire più tardi. =

(6) = Io lo ho già dimostrato nel mio scritto, *Sulla condizione ed efficacia dei periti nel procedimento penale.* Genova 1854 pag. 24 = 30. =

progressi attuali della scienza, periti, i quali ignorino i medesimi, possono assai facilmente mettere innanzi erronee vedute, il difensore deve por rimedio alla parzialità del loro esame. Ciò non gli può riuscire, che mediante uno studio attento della questione tecnica, e facendosi istruire da altro perito, onde poi muovere interrogazioni a quei periti, che danno un parere favorevole all'accusa, e per tal modo o indebolire la credibilità di essi, sia come tali (1), sia come testimoni a cagione di loro prevenzione (2), oppure mostrare che l'osservazione loro fu superficiale, o che le apparenze (3), sulle quali appoggiarono il loro parere, si possono spiegare anche in altra maniera (4). Altre interrogazioni hanno per iscopo di combattere le premesse, sulle quali il parere è costruito (5), o di sventare le ragioni o la conseguenza logica del parere (6). 4. Dovunque il difensore scorga che una certa misura nuoce all'accusato, e che il presidente contro l'espresso tenore della legge vuole intorno ad essa promuovere un conchiuso (7), egli deve opporvisi, e, se la sua proposta è respinta, come anche se occorre un fatto, dal quale egli vuol derivare una nullità, egli può domandare che ciò sia constatato nel protocollo, onde in seguito vi si possa richiamare (8). 5. Allorquando la trattazione e la decisione deve essere estesa ad altri più gravi punti di diritto penale, a cui l'accusa non fu rivolta (9) (**), deve il difensore

(1) = Per es. il medico deve confessare, che egli non ha istituito proprie osservazioni, ma non ha fatto che appoggiarsi a dati altrui. =

(2) = Per es. se il medico è nemico dell'accusato. =

(3) = Per es. se non furono applicati gli opportuni mezzi chimici. =

(4) Per es. in caso di avvelenamento, se si deve accordare che gli stessi sintomi ponno avverarsi anche in altre malattie.

(5) = Per es. col mettere dinanzi le opinioni dimostrate per giuste dai recenti progressi della scienza. =

(6) = Importante in ispezialità nella prova della sussistenza della imputabilità

(7) = Per es. se il presidente vuol partecipare notizie telegrafiche da lui ricevute durante il dibattimento, nel qual caso il difensore non può trovarsi apparecchiato a ribatterle. =

(8) = Sulla importanza di questo punto vedi la mia memoria nella *Gerichtsaal*, 1850, p. 482. =

(9) = Per es. l'accusa cadde soltanto sull'attentato del crimine, ed il Presidente vuol estendere la trattazione al delitto compiuto.

(**) Anche il Regol. del proc. pen. aust. riconosce la massima suesposta dall'autore, che nè il dibattimento, nè la decisione possano estendersi a punti di vista nuovi e più gravi di quelli prosposti dall'accusa. Esso dispone che, allorquando o durante il dibattimento, o durante la discussione del Tribunale, risulti, che il fatto posto a carico dell'accusato si qualifichi per un'azione punibile diversa da quella indicata nel conchiuso di accusa, trattisi di un reato di eguale, maggiore o minore gravità, (§ 250,) oppure, allorquando all'atto del dibattimento insorga contro l'accusato la imputazione legale di un nuovo reato, pel quale sia stabilito una pena uguale a quella, o meno grave di quella del reato di cui fu accusato (§ 251), il Pre-

dimostrare l'inammissibilità d'un tale procedere. In parecchi casi il difensore guadagna in fiducia, se, non avendo argomenti con cui combattere le singole parti dell' accusa, lo dichiari subito apertamente; e soltanto contro altri capi d'accusa rivolga la sua difesa; come quando nell' accusa di uccisione l' accusatore ha affermato che l' autore agì con premeditazione, ed ha quindi commesso omicidio, ed il difensore propone la tesi che l'accusato soffre sconcerti mentali, per cui è incapace d' imputazione. In simili casi il difensore non parlerà nemmeno delle parti dell' accusa, che egli non può combattere, ma proporrà senz' altro il punto di vista, al quale vuol rivolgere la sua difesa, e dichiarerà per esempio che l'accusato agì, ma senza ponderazione. =

sidente deve avvertire il Procuratore di Stato, e l' accusato, che abbiano ad estendere le conclusioni loro anche al nuovo aspetto assunto dal reato (§ 250), od al nuovo reato scoperto (§ 251). Così i nuovi punti di vista penali che emergano sia nel dibattimento, sia nelle decisioni, non possono mai restare ignorati prima del fine della causa nè all' accusatore nè al difensore nè venire quindi sottratti al loro esame. Ben avrebbe diritto il difensore austriaco di opporsi o durante il dibattimento, o nel ricorso contro la sentenza, alla condotta di quel Tribunale che od avesse esteso il dibattimento ad un nuovo aspetto del reato su cui cadde l' accusa, o ad un reato nuovo, senza prima invitare il Procuratore di Stato ad occuparsene nelle sue deduzioni, o che avesse estese la sentenza ai medesimi, senza averne fatto cenno durante il dibattimento. (G).

SEZIONE V.

Della compilazione delle Scritture o dei Discorsi di difesa.

§ 75. *Scopo ed ufficio del difensore nella compilazione delle scritture, o dei discorsi di difesa.*

Dopo che il difensore ha fatto il dover suo in relazione alla pienezza della prova di discolpa, (Sezione IV.) e si è procacciata la persuasione, che tutti i fondamenti di giustificazione che risiedono nel caso di che si tratta, trovansi eziandio negli atti dell'inquisizione, egli deve mediante acconcia combinazione di quei fondamenti, e prima che si venga alla pronunzia della sentenza, adoperarsi affinchè l'imputato, se è innocente, non abbia a soffrire alcun male, e, se non è tale, non ne subisca uno maggiore di quello che ha meritato. — Mentre egli riconosce che i giudici della decisione fanno fondamento sugli atti esistenti, e devono estimare a seconda delle leggi i fatti ivi contenuti, è suo assunto quello di convincerli dell'esistenza dei motivi di discolpa, e delle conseguenze che ne derivano a vantaggio dell'imputato. Ovviando ad ogni parzialità del relatore, al cui referto i giudici rimangono vincolati, il difensore cerca 1. di far sì che *pienamente* vengono a cognizione dei giudici tutti i fondamenti della difesa, 2. di connettere e combinar questi nel modo più adatto a promuovere la persuasione. La necessaria pienezza della difesa si avrà allorquando *a*) non solo vengano addotti tutti i motivi, i quali militano immediatamente per l'innocenza, ma quando altresì *b*) venga resistito ad ogni funesta influenza d'una particolare circostanza esistente negli atti, la quale potrebbe condurre i giudici ad una più dura decisione del caso, e ciò mediante un'opportuna deduzione, la quale indebolisca il peso della medesima.

L'opportunità della forma dell'esposizione nelle scritture di difesa è determinata, in generale, dai requisiti di ogni buona sposizione, in particolare, dalla relazione della esposizione stessa collo scopo della difesa.

= Laddove la difesa ha luogo nel processo orale, la missione del difensore assume un particolare aspetto, non dovendo egli più con sole scritture segrete mostrare che l'imputato o non è affatto punibile, o non lo è che poco.

Il difensore che espone nel processo orale, sa che il suo discorso finale non è che una parte delle sue incombenze, che egli non vi si può preparare coll' attenersi agli atti inquizionali precorsi, perchè la decisione dei giudici si riferisce al complesso dei risultati del dibattimento, ed in questo molte nuove prove emergono, le quali sventano sovente tutto il contenuto degli atti inquisizionali. Il difensore si adopera nel processo orale a mostrare la erroneità del contenuto degli atti della inquisizione, e a dare una tutt' altra direzione all' intiera causa, a produrre nuove prove, e ad opporsi colla sua difesa alla parzialità dell' accusa, nell' interesse dell' accusato. Il difensore deve quindi nel processo penale orale: 1. impiegare ogni mezzo affinchè il processo venga condotto formalmente, legalmente, ed opportunamente, ed ogni parzialità dannosa all'accusato sia evitata: 2. fare le opportune proposte a tale riguardo, prima ancora dell'aprimento del processo, od al principio del medesimo: 3. insorgere durante il dibattimento contro ogni proposta della procura di stato. o contro ogni ordinazione del presidente, che egli non trovi legale, o che riconosca pregiudizievole alla difesa: 4. fare egli stesso ogni proposta, la quale torni giovevole alla condotta della difesa. =

§ 76. *Osservazioni generali.*

Nell'elaborazione del discorso di difesa decide pel difensore 1. in ogni caso lo stato degli atti, o il risultato ottenutosi dalle giudiziali trattazioni. Se il difensore è subjettivamente persuaso della reità dell'accusato, ciò non gli deve impedire di adoperarsi con energia per la difesa, ove la procedura stessa non presenti l'imputato come colpevole, e neppure le confessioni, che il difensore avesse ricevuto confidenzialmente dall'accusato, e che non appajano negli atti, non lo devono trattenere dal difenderlo come innocente in conformità a questi ultimi (1).

2. Non è affatto necessario, che il difensore possa rappresentare l'imputato come del tutto impunibile, quando appena riesca a far sì che egli non subisca pena maggiore di quella che dagli atti appare aver meritata; ed anche pochi giorni di prigionia, che il difensore pervenisse a risparmiare all' accusato colla sua difesa, p. es. colla esposizione di cause mitiganti, gli devono sembrare non ispregevole risultato, di cui si occuperà con non minore zelo di quello che se si trattasse di salvare l'imputato dalla pena di morte. Oggidì specialmente la difesa assunse una nuova e prima non così rilevante missione, daechè le moderne leggi lasciano al criterio del giudice un largo campo, e gli danno spesso il diritto di scegliere fra una pena di un anno, ed una di dodici, e persino talvolta fra differenti qualità di pene, laonde importa assai che l'odierno difensore faccia risaltare acconciamente tutte quelle circostanze, le quali invochino una pena leggera, e che più si avvicini al *minimum*.

(1) Noi abbiamo già dimostrato, che in parecchi casi il difensore deve consigliare egli stesso all' imputato di confessare.

3. Di regola lo stato medesimo e l'indole della prova, quali si presentano nelle trattazioni giudiziali, additano al difensore il principale indirizzo di sua difesa. Se l'accusato stette sulle negative, egli è pure compito del difensore quello di attenersi a tali negative, e di mostrare la piena innocenza dell'accusato, col ribattere la prove di incolpazione, e coll'esporre la verosimiglianza della negativa.

4. Se l'imputato ha confessato, ma con qualche restrizione, decide dell'indirizzo della difesa il modo in cui l'accusato si è giustificato: p. es., se l'imputato si è richiamato alla necessaria difesa od al caso fortuito, anche il difensore dimostrerà la verità di simile giustificazione secondo tutte le regole probatorie.

5. Se l'accusato ha confessato pienamente e senza restrizioni, sicchè intorno al fatto non siavi più dubbio di sorta, il difensore potrà edificare sovente la sua difesa sulla interpretazione della legge e sull' argomentazione giuridica, e p. es. provare, che il fatto confessato o non involve delitto, o non involve quello di cui l'imputato venne incriminato nell'atto d'accusa.

6. Negli altri casi la difesa può solo ridursi all' allegazione di cause mitiganti, od alla rimozione delle aggravanti addotte dall' accusatore od apparenti dal fatto, ed all'indicazione di motivi di diminuzione di pena.

7. Ma quand' anche l'accusato abbia confessato, si danno casi, nei quali il difensore può ciò non ostante far risaltare un altro punto di vista, con cui dimostrare la fallacia della confessione, ed additare l' accusato come immeritevole di pena: tali sono i casi nei quali l'accusato per fastidio della vita, per malizia, o leggerezza ha deposto una confessione contraria al vero. Se il difensore ha già precedentemente esortato l'accusato alla rivocazione della confessione, e tuttavia l'imputato vi persiste, in tal caso egli può e deve, se gli atti gli dimostrino l' impossibilità o l' inverosimiglianza della confessione (1), additare le medesime, e togliere così ogni vigore alla confessione.

(1) Sono noti al difensore due casi rimarchevoli, nei quali furono deposte false confessioni. Nel primo caso un marito confessava di avere avvelenato la propria moglie, e di avere a tal uopo ricevuto il veleno da una sua amica. Questa negava il fatto, ed alla fine constò, che la moglie non era stata avvelenata, e che l'avvelenamento non avrebbe nemmeno potuto accadere, ma che l'imputato si era addossato il delitto onde rovinare l'amica, che non lo avea voluto sposare, e la di lei famiglia. In un altro caso una ragazza dichiarava, che il suo fanciulletto era stato nascostamente seppellito, e che il suo seduttore ve la avea indotta. Dal processo risultò, che la ragazza non aveva mai partorito, e solo a danno del suo amante, da cui era stata abbandonata, aveva fatta quella falsa confessione. Casi di confessioni non vere si vanno verificando sempre più di frequente. Vedi regole in proposito nel *mio proc. pen.* § 161 nota 29.

§ 77. *Redazione del discorso di difesa giusta le regole del ben e dell'eloquenza.*

Nella vita abituale noi esigiamo da chiunque ne partecipi pria esperienza, e le proprie opinioni, o ragioni o desiderii, narri puramente, sia che faccia a noi domande, che coll' ordine chiarezza dell'esposizione, (1) coll' opportuna connessione delle stanno unite fra loro, ne procuri una vivace connessione: che sia rosamente verace, adduca pienamente ogni circostanza, e, breve e evili ogni superfluità. Soltanto allorche adempia a queste esigenze può aspettarsi con sicurezza di raggiungere il suo scopo, sia di liar fede alla verità del racconto, se si tratta di narrazione di fatti di convincere altrui e intorno al suo modo di vedere se trattasi di dere, oppure, se fa una domanda, di essere esaudito. A tal uomo no tribuiamo il talento dell'esposizione, il quale è dono di natura, ch perfeziona coll' esercizio. Lo scopo generale e lo scopo speciale l'esponente determinano le generali e speciali regole dell'esporre. La suasione, od il convincimento degli altri, ed il muovere a qualche i convinti, sono gli scopi generali dell'eloquenza. Secondoche però, sponente o 1. narri semplicemente, o 2. ammaestri, o 3. defini l' arte dell'esporre verrà modificando le regole generali ad ogni sp di discorso, in modo corrispondente al singolo scopo, ed ai pe liari rapporti di chi parla. Disporre i mezzi che sono a disposizio dell' esponente (fatti o ragioni) in modo, che riescano a pers dere della verità dell' assunto coloro a cui il sermone è diretto, sia raggiunto lo scopo dell' esponente, questa è la regola fondame tale di ogni ben condotto discorso. La vera arte dell' esporre consis quindi 1. nell'esibire quanto conduce direttamente allo scopo, e 2. n l'esibirlo nel modo il più opportuno. Mentre poi il discorrente dà opera modificare il generale intento di ogni sposizione 1. a seconda dell'assunt speciale che si è preso, 2. a seconda delle persone alle quali espone, 3. dei mezzi di cui può disporre, egli cerca: 1. di far conoscere tutt ciò che serve a conseguire il particolare suo intento presso le persone alle quali egli si rivolge, 2. di proporlo in modo, che *a*) una opportuna combinazione degli argomenti ne faccia intuire nel più facile modo la connessione, e che *b*) la confacente esposizione dei medesimi procuri loro il miglior accesso nell'animo degli spettatori. — Allorchè l'esponente non è vincolato alla sola scrittura per mezzo della quale la sua orazione perviene a coloro cui è destinata, ma esibisce i suoi argomenti in un discorso vivo ed orale, da ciò ha occasione l' arte del discorso, od eloquenza, la quale può ben dirsi, giusta il linguaggio degli antichi retori, l'arte

(1) *Mehrbach, Trattato del modo di dire in pubblico, fondato sulla natura dell' eloquio, e del pubblico servizio.* Lipsia, 1813, p. 60.

parlare in modo, atto a raggiungere più sicuramente che sia possibile lo scopo finale del discorso.

A torto si riguardò talvolta l'eloquenza come un pericoloso strumento d'inganno, come un tessuto di fallacie, o come l'arte di dare a deboli ragioni un aspetto seducente; (1) solamente lo scambio della vera colla falsa eloquenza, coll'affetfata declamazione, e colla sofistica potè produrre una sifatta opinione (2). Allorchè si pone differenza tra l'esposizione scritta e la orale, e si pondera, che chi espone a voce deve cercare, sia col modo di stabilire le tesi, sia con certi mezzi atti ad alimentare l'attenzione degli uditori, sia coll'indole esterna dell'esposizione di raggiungere il suo scopo, non si può volere sbandita l'eloquenza, quale arte del ben esporre applicata al discorso orale, a meno che si affermi, che chi espone a voce debba solamente leggere uno scritto, ed assuefarsi a quel sonnifero metodo usato non di rado dai relatori nei collegii dei giudici, per cui ogni attenzione è distrutta, e va fallito lo scopo, a cui la forza e la gravità del contenuto sicuramente condurrebbero, se l'esposizione non accadesse con noja degli uditori. La vera eloquenza ha per suoi essenziali requisiti, al dire di un acuto suo conoscitore (3), fondatezza di argomenti, esposizione intelligibile, specchiata rettitudine dell'oratore congiunta ad una cotale piacevolezza di espressione e di discorso, opportunissima a guadagnare l'attenzione degli uditori.

§ 78 *Dell'esposizione in cose legali.*

L'arte dell'esporre, utile ed applicabile dovunque richiedesi di comunicare qualche cosa ad altrui (4), torna di molta efficacia anche negli affari giuridici. — Appunto in queste materie, in cui l'equità appiana le controversie colle sue decisioni, in cui decidono fatti, dai quali si fanno dipendere le ragioni, e la decisione è determinata da argomenti conformi alle leggi, diventa importante oggetto l'esposizione dei fatti, (narrazione), e degli argomenti (argomentazione). Non solamente il contenuto del discorso, ma la forma stessa di questo decidono del giungere nel più opportuno

(1) Cicero in Oratore cap. 38. *Is erit eloquens, qui ad id*, quodcumque, *docebit, poterit accomodare orationem*. Vedi *Quinctilian, Inst.* lib. II, cap. 16.

(2) Anche ai tempi nostri alcuni avversarj della pubblicità nell'amministrazione della giustizia adducono molti pretesi pericoli dall'eloquenza. Come mai può essere pericolosa la vera eloquenza, della quale sì ben disse *Camus*, nelle *Lettres sur la profession d'Avocat* (Nuova ediz. I parte, pag. 107.) *l'ame de tout plaidoyer est l'eloquence, mais surtout celle éloquence solide qui consiste plus dans la force du raisonnement que dans les fleurs de l'élocution; ses qualités essentielles sont la clarté et la concision*?

(3) *Blair, Lezioni*, parte III, pag. 240.

(4) *Genster, Guida alla pratica del diritto* pag. III. V. anche *Mehrbach, Sull' intima natura della esposizione nei pubblici affari*. Lipsia, 1818.

modo a cognizione di colui, cui spetta la decisione sia dei fatti, sia delle ragioni. L'arte dell'esporre muove anche all'esponente in faccende giuridiche le sue generali esigenze, di verità, brevità, pienezza, ed avuto riguardo allo scopo speciale, gli impone altresì speciali regole. Se si riflette, che ogni esposizione in pubbliche faccende connettesi all'amministrazione dello stato nei varii suoi rami, e favorisce il di lei migliore esercizio: che dalla bontà dell'esposizione dipende anche quella dell'amministrazione e dei singoli affari, di leggieri si comprende che il contenuto e la forma del l'esporre debbono governarsi a seconda della natura dell'oggetto che si tratta.

Poichè l'esposizione in cose legali si riferisce a decisioni, le quali dipendono dall'interpretazione delle disposizioni di legge, ed è diretta al giudice il cui intelletto deve esserne determinato; l'esponente si atterrà in essa a quegli argomenti che soli hanno valore pel giudice soggetto alle leggi, e tutto ciò che vorrà esporre, sarà da lui pensato in relazione a quelle. Egli addurrà quindi solamente quei fatti i quali per la loro prova e per il loro intimo peso sono influenti in faccia alla legge, nè accoglierà altri argomenti all'infuori dei legali, che soli possono muovere i giudici, e quindi sbandirà dall'esposizione tutti i fatti non provati, o contrarii alla verità, e tutti gl'argomenti, i quali non farebbero che eccitare propensioni illegali e affatto soggettive.

Ma eziandio la forma e l'interna struttura dell'esposizione si modificheranno a seconda della diversa natura dell'affare.

§ 79. *Dell'esposizione in cose legali applicata alla difesa giudiziaria.*

L'esposizione che occorre negli affari giuridici può avere per oggetto 1. il fatto come è accaduto, senza partire da una persuasione determinata da argomenti soggettivi, senza parteggiare per un certo risultato, cosicchè l'esponente proponga solamente quelle cose che egli reputa vere, e col desiderio che sia pronunziata la verità, e che la sua esposizione contribuisca alla scoperta della medesima; siccome accade p. es. nelle relazioni, nelle sentenze, ne' rapporti d'ufficio. 2. L'esposizione può altresì provenire da una persona che si propone soltanto un certo scopo speciale, intende a promuovere una determinata deliberazione, ed espone quei soli argomenti i quali si confanno col singolare suo intento. Segnatamente nelle scritture di questa seconda specie è importante l'arte dell'esporre, in quanto essa ammaestra l'esponente ad adoperare ogni cosa che si conviene al suo scopo e contribuisce al conseguimento del medesimo, ove appena il mezzo non ripugni alla legge od ai principj del diritto. Così l'avvocato sostiene la parte nelle controversie civili, quando appena un lontano diritto militi in suo favore, indaga ogni cosa che vi si riferisce, ed espone in modo da dare ai suoi argomenti il maggior

peso, facendo sì che nessuno di essi venga perduto di vista, ma invece appaja in quella luce, che è più favorevole alla causa propugnata. Anche nelle difese condotte nel processo criminale fa mestieri una speciale eloquenza. Lo stato, che ha interesse a rimuovere ogni fallacia, e riconosce che tanto più sicuramente la verità viene scoperta, ed una retta sentenza penale pronunciata, quanto più accuratamente vengano esposti ai giudici tutti i motivi che stanno per la verità e contro di essa, e che tanto meglio viene guarentita una perfetta imparzialità quanto più completamente è conosciuto dai giudici quello che anche più lontanamente dir si potrebbe contro la loro opinione, concede facilmente all' imputato di farsi difendere da un consigliero esperto del diritto, e dà facolta a questo difensore di addurre nel debito nesso e nel più opportuno modo tuttò che egli crede poter allegare a sostegno dell'innocenza. Compreso dello scopo della difesa, il difensore riconosce dover egli addurre ogni cosa, che possa contribuire alla dimostrazione dell' innocenza, od alla diminuzione della pena, insistendo su quei soli punti i quali pienamente o parzialmente giustificano il fatto esistente negli atti, e su quei soli motivi, i quali persuadono il giudice in conformità alle leggi, cui è vincolato. Fedele a tale scopo, il difensore cerca eziandio il miglior modo di esporre i fatti e le ragioni, onde ciascuno di essi e da solo venga scorto dai giudici, e nella sua connessione con altri che vi si riferiscono e dilucidano la vera indole del fatto, venga dai medesimi collocato nel posto il più naturale ed opportuno, e rettamente giudicato, e tutta la esposizione sia atta a destare vivo interesse per la causa (*).

§ 80. *Eloquenza forese.*

Il valore e l' applicabilità dell' eloquenza forese alla difesa criminale variano secondo i diversi sistemi del processo penale nelle differenti legislazione. Giusta il secondo dei sistemi delineati dissopra al § 2, che è esenziale al processo penale germanico, al difensore non ispettare che un' esposizione scritta; epperò le regole del bene esporre in generale sono qui le norme che debbono dirigerlo. L' eloquenza, che si conviene al processo orale sarebbe fuor di luogo in questo sistema, nel quale,

(*) Un lato principale dell'arte di esporre, particolarmente nelle esposizioni di affari speciali, consiste nel saper opporsi ad ogni pregiudizio che il lettore o l' uditore possono essersi formato, e nel cattivarsi coll' eloquio l'attenzione loro. A dir vero, ogni giudice deve avere un interesse legittimo, e decidere rettamente senza riguardo alla forma della difesa, ma ciò non distrugge le regole suddette. Chi può negare che qualsiasi giudice legge più volontieri uno scritto acconcio e ben lavorato, e si interessa quindi per la causa, molto più che se ella fosse esposta in uno stile nojoso?

tutto, facendosi per iscritto, la trattazione orale del difensore, disgiunta dalle altre corrispondenti forme, tornerebbe inopportuna, e l' uso dell' eloquenza potrebbe di leggieri allettare il difensore a supplire con fiori rettorici, vuote declamazioni, o ragioni speciose a quanto mancasse di forza intrinseca nella sua argomentazione. Le cose cangiano quando il processo penale riposi sul primo di quei sistemi (§ 2). Se nell' inquisizione principale la trattazione è orale e pubblica, anche l' eloquenza del difensore assume un più degno indirizzo. Costretto ad esporre oralmente la sua difesa, il difensore debbe aver cura, onde la sua orazione, stesa secondo le regole del bene esporre, non fallisca all' effetto che dee produrre sugli uditori, cui spetta decidere : deve adoperarsi a tener sempre viva l' attenzione degli uditori e ad insinuare nell'animo loro le ragioni che militano a pro della difesa con opportune forme esteriori.

L' eloquenza, e propriamente l'eloquenza forese poichè si tratti di affari, giudiziarii, questa è pertanto l' arte che deve guidare l' oratore. Anzi tutto conviene distinguere la vera eloquenza forese da quella insegnata dai retori dell' antichità (1), la quale ha un' efficacia particolare ove si parli ad innanzi ad un'adunanza mista, e particolarmente ad un' assemblea popolare. In questo genere di eloquenza la persuasione è lo scopo dell' oratore che vuol condurre gli uditori ad una certa conclusione, e come sovente è a lui d' uopo mettere a profitto le circostanze e i rapporti dell'attualità, così egli deve agire su tutte le molle, per cui la umana natura è posta in movimento. Siffatto oratore deve dirigersi alle passioni ed al cuore degli uditori non meno che alla loro intelligenza; il tuono del suo discorso deve essere concitato, e veemente dacchè spesso nell'animo degli uditori agiscono e si combattono passioni di ogni maniera, e lo scopo e le circostanze fra cui si trova un oratore avanti ad assemblee di popolo gli forniscono una moltiplicità di fonti molto maggiore che in qualsiasi altra orazione. L' oratore forese invece è molto più circoscritto, e più pacata esser deve la sua eloquenza (2), nella quale solo con grande cautela e dopo maturo esame vogliónsi seguire gli esempli dei retori antichi (3). Nell' eloquenza forese non si tratta già di persuadere i giudici di ciò che è utile od opportuno, ma sì di mostrar loro ciò che è giusto e vero; la qualità dei giudici, a cui è diretto il discorso del' oratore forese, non che la tranquillità e la presumibile loro spassionatezza renderebbero inopportuno e ridicolo un tuono concitato;

(1) *Feuerbach, Considerazioni sulla pubblicità ed oralità* I, pag. 261 *Gerstäcker, Guida* I, pag. 90. *Hermann, Ricerche,* pag. 43.

(2) *Blair, Lezioni di Retorica* III parte, pag. 4.

(3) Avessero spesse volte i difensori presente alla mente il discorso di *d'Aguesseau, Sulle cause della Decadenza dell'eloquenza* !

oltracciò il campo in cui versa l'oratore forese quanto alle fonti ed agli argomenti, è ristretto ai fatti consegnati negli atti, ed alla legge, e non gli si concedono digressioni.

Ma nemmeno l'eloquenza forese usitata nell'antichità può essere assunta ad esempio dall'oratore giudiziario dei tempi nostri, nè le orazioni pronunciate in giudizio dagli oratori antichi possono essere prese a modello da lui (1), dacchè l'eloquenza dell'antichità troppo s'accostava per consueto alla popolare. Siccome allora la decisione non ispettava a giudici giurisperiti, e si sentenziava piuttosto secondo l'equità, ed il senso comune, e spesso anche secondo le proprie passioni e i propri affetti, il difensore poteva ricorrere a mezzi e addurre ragioni le quali, mentre convenivano al finale suo intento, non erano diverse da quelle che l'accusatore si permetteva. All'epoca in cui in Roma i difensori parlavano innanzi ai Giudizi popolari, nei Comizj e nelle questioni perpetue, in cui *Iudices* erano i rappresentanti del popolo (2), essi non miravano tanto a far decidere un affare secondo equità, quanto a produrre nei giudicanti una favorevole disposizione d'animo (3), dando risalto all'individualità dell'accusato, ai meriti di lui verso la repubblica, traendo vantaggio dalle vicende politiche per avvilire l'accusatore, e tutto adoperando onde agire sui giudici in modo da ottenere una sentenza favorevole da animi appassionati. A queste condizioni si confanno e il consiglio dato da Cicerone (4) ai difensori di infiammare i giudici piuttosto che di istruirli, e i passi di Quintiliano (5), in cui questi porge regole minuziose per mettere in movimento le passioni e gli affetti dei giudici. La circostanza che i giudizj decidenti dell'antichità rassomigliavano ad assemblee popolari per il numero di giudici ond'erano costituiti, dava all'eloquenza antica un indirizzo ben diverso di quello che essa ha tra noi. Gli antichi potevano a buon dritto permettersi tutte le arti della seduzione e della persuasione, le quali nè possono nè debbono sortire effetto alcuno su giudici giurisperiti. Le lagrime, l'eccitamento delle passioni e degli affetti, ed in ispecie della compassione, ben s'accordavano alle teatrali scene dell'antico processo criminale, come al presentarsi dell'accusato vestito a bruno colla famiglia, e ad altre. La nostra eloquenza forese ha un carattere più grave e più dignitoso, per il che, e non offre pericoli, e richiede altresì dagli oratori un'altro atteggiamento.

(1) Per lo studio delle opere degli antichi Retori vedi *Püttmann*, *De utilitate et lectione scriptor. M. Tullii Ciceronis præcipue orationum in discipl. jur. crim.* nella sua *Miscell.* Lipsia 1793 n. 19, e *Delamalle*, *Essai d'institutions oratoires*. V. I, pag. 32-56. —

(2) *Blair*, *Lezioni*, parte III, pag. 7.

(3) *Fëuerbach*, *Della pubblicità*, I, pag. 264.

(4) *Geib*, *Storia del processo criminale romano*, pag. 298-300.

(5) *Cicero*, *in Bruto*, cap. 23 n. 89. *Multo plus proficit is, qui inflammat judicem, quam ille qui docet.*

Alieno dalle scene teatrali il moderno processo penale (1) è grave e solenne, e mentre vuole esclusa dai giudici qualsiasi influenza delle passioni, tiene anche il difensore entro convenienti limiti, e rende affatto inopportuna l'applicazione dei mezzi che i retori dell'antichità si permettevano (2) (*).

Per determinare l'indirizzo che deve prendere l'eloquenza forese presso i tribunali in cui vige la procedura orale e pubblica, fa d'uopo vedere, se la legislazione di un dato paese chiami a decidere giurati, (3), ovvero giudici giurisperiti (4), e in quest'ultimo caso, se i giudici decidano secondo il così detto *intimo convincimento* (5), oppure dietro una legale teorica delle prove (6). In tutti questi casi devesi ammettere, che i giudici non debbono lasciarsi determinare dalla compassione, nè da riguardi di politica e di pura umanità, ma piuttosto dai soli dettami della giustizia. Ma laddove spetta ai giurati proferir la sentenza, diventa importante la circostanza che, costoro non debbono addurre i motivi della loro decisione, e non essendo giudici giurisperiti, pronunziano più o meno dietro la loro propria esperienza, e quelle norme, secondo le quali sogliono giudicare della verità dei fatti nella vita comune. Che se cotali elementi influiscono sulla sentenza dei giurati (7), il legislatore presuppone tuttavia, che anche i giurati esaminino le trattazioni secondo quei principj che servono in generale a scoprire la verità, anzichè dietro la sfuggevole impressione del momento, o secondo il proprio capriccio, o per virtù di sentimenti prodotti da singoli fenomeni che fanno specie. Quanto più il difensore agevola quest'indagine ai giurati, tanto più fedelmente egli adempie il proprio ufficio (8). Egli perciò sottoporrà ad analisi le prove che stanno a carico dell'imputato, secondo le regole che la ragione e l'esperienza insegnano, le esaminerà, e cercherà di convincere i giurati della infondatezza dell'accusa, dimostrando la fallacia e debolezza dei mezzi di prova

(1) *Quinctilian, Inst orat*, lib. IV. *Agitare judicis animum spe, metu, admonitione, precibus, vanitate denique, si id profuturum credimus.*

(2) Pareri della Commissione immediata di giustizia sul giudizio per giurati, pag. 26.

(3) Troppo dura è la sentenza di *Gerstacker*, che avanti ai giudici la perorazione sarebbe indegno oggetto dell'eloquenza (*Insegnamento* I, p. 90).

(*) Vedi buone considerazioni sui caratteri attuali dell'eloquenza giudiziaria nell'Eco dei Tribunali di Venezia, num. 700. 26 Aprile, 1857. (G).

(4) Per es. in Inghilterra, e nelle provincie renane.

(5) Per es. in Olanda, in Italia, nel Granducato di Baden.

(6) Per es. in Toscana,

(7) Per es. secondo il nuovo codice badese.

(8) In ciò si distingue certamente il giurì inglese dal francese. Nel primo è riconosciuto, che i giurati devono investigare la reità secondo norme probatorie.

a cui ella si appoggia (1), e per converso svilupperà l' importanza delle prove e delle presunzioni che sussistono a pro dell'accusato. Se non che in ciò fare vuolsi seguire una forma ed un modo d'esporre che sieno confacenti ai giurati. Un ammasso di dotte citazioni ed autorità, una arida deduzione sarebbero affatto fuor di posto. Non bisogna mai dimenticare che i giurati sono uomini che non hanno famigliarità colle espressioni tecniche del diritto, nè con molte altre cose che sono volgari ai giuristi, e che essi non conoscono l'arte di rendersi una ragione adeguata dei motivi delle loro decisioni, nè sanno analizzare giuridicamente le singole prove, mentre posseggono invece le qualità necessarie a comprendere una dimostrazione della verità di un fatto, che sia condotta con chiarezza, semplicità e buona logica. Di queste cose devono essere penetrati gli oratori cheparlano dinnanzi a giurati. (2) Nelle difese orali tenute davanti a giudici giurisperiti, e tali, che non sieno legati da alcuna teorica legale delle prove, occorre un diverso indirizzo, atteso che a questi giudici sono famigliari le regole della prova, ed eglino sono abituati ad esaminare secondo il diritto e la legge i fatti che loro si presentano; laonde anche l'esposizione del difensore dovrà vestire una forma più giuridica. Però, siccome l'intimo convincimento a cui i giudici sono rimessi, deve nell' intenzione del legislatore (3) essere un prodotto delle regole insegnate dalla ragione e dalla esperienza, ben combinate fra loro, così il difensore dovrà qui pure far l'analisi delle prove seguendo quelle regole. — Finalmente, nel caso in cui il Codice stabilisca una teorica legale della prova, la difesa deve essere diretta ad esaminare le prove prodotte colla scorta dei dettami della legge, e a dimostrare l' insussistenza di quei requisiti, dati i quali soltanto, la legge permette ai giudici di ammettere la certezza dei fatti, su cui si fonda l' accusa.

= §. 80 *Analisi dei differenti caratteri dell' eloquenza giudiziaria attuale*.

Esaminando le difese nelle cause penali condotte nei diversi paesi in cui sussiste una procedura orale, si scorge di leggieri varia assai esservi l' indole dell' eloquenza giudiziaria, e strettamente connettersi

(1) In ciò si distinguono i discorsi degli oratori inglesi e francesi. Anche i giudici che presiedono all' assisa avvertono i giurati, doversi eglino attenere alle regole probatorie.

(2) Una difesa così fatta non manca di effetto sui giurati sia in Francia che nelle provincie Renane.

(3) Ciò si fa manifesto a Napoli, nella Toscana, ed a Roma, dove mentre la legge parla di un *criterio morale* o di una *intima convinzione*, i giudici ed i commentatori suppongono costantemente, che la convinzione dei giudici debba scaturire da una disamina giuridica delle prove.

col carattere nazionale e collo spirito generale onde vi è compresa la legislazione penale (1). In Francia amano gli avvocati le belle frasi, i sussidii dello spirito, le ardite immagini, usano attacchi diretti contro la procura di stato ed il giudice inquirente, e, dimostrando la impurità dei motivi dell'accusatore, si fanno a suscitare nei giurati diffidenza verso l'accusa ed una disposizione d'animo favorevole al difeso. Laonde sovente si ode narrare favorevolmente la storia dell'accusato, e dipingersi a vivi colori la terribile situazione in cui si trova il delinquente dopo avere commesso il misfatto. E perchè la legge non esige dai giurati se non *l'intima convinzione,* una siffatta mancanza di determinatezza nelle espressioni ben si addice ad una eloquenza meglio accomodata ad influire sull'animo dei giurati, che sulla loro tranquilla intelligenza, cosicchè comuni divennero in Francia e l'uso delle declamazioni, e quello delle descrizioni seduttrici, idonee ad eccitare la misericordia. — In Inghilterra ed in Iscozia i discorsi di difesa sono molto meno lunghi che in Francia, e portano l'impronta del decoro, della serietà e dell'intelligenza L'oratore inglese sa che i suoi connazionali non amano argomentazioni superflue, immagini inverosimili, o non confacenti alla causa, nè declamazioni: che i giurati debbono esaminare le prove esibite dietro le regole probatorie conosciute e tradizionali, sicchè la difesa debbe avere piuttosto lo scopo di sventare le prove della reità e di far risaltare nella dovuta loro importanza quelle che stanno a favore dell'accusato. I giurati inglesi sanno che, dove appena insorgano dubbj intorno alla reità, essi debbono assolvere l'imputato, laonde principale assunto del difensore si è quello di mostrare l'esistenza di tali dubbj, e di far sì che i giurati degnamente lo apprezzino. In questo modo il discorso di difesa appo gli Inglesi è di regola un elaborato logico, e solo rade volte alla fine del discorso il difensore eleva la voce (2) onde eccitare i giurati con forte e vivace descrizione a collocarsi nei panni dell'incolpato, od ammonirli di guardarsi da sfavorevoli impressioni. — In Italia, le difese che si tengono a Napoli, in Toscana, e Parma, e nel Piemonte danno a divedere facilmente, che anche in questo nobile arringo non se ne stanno inoperose le preziose doti intellettuali di cui natura ha fornito gli Italiani. La ricchezza delle idee, la prontezza nel concepire, l'acutezza nello volgere i proprj pensieri, l'innata dialettica tendenza dell'ingegno imprimono alle difese criminale italiane un andamento che trascina

(1) L'autore va tenendo dietro fin dall'anno 1808 alle difese criminale in Italia, Francia, Olanda, Alemagna ed Inghilterra, e quindi si persuase per esperienza di quanto egli asserisce in questo paragrafo.

(2) Noi non vogliamo però tacere di avere udito anche in Inghilterra mediocri difese ripiene di declamazioni.

gli animi, locchè tanto più facilmente accade perchè la vivacità del porgere, l' espressione della fisionomia, e l' opportunità dei movimenti rafforzano l' impressione del discorso. Ma troppo spesso si ha da lamentare, che la naturale energia, ed il senso poetico degli italiani producono nelle difese soverchie declamazioni, ardite immagini, uscite concitate, ed una non necessaria prolissità. — L'esame delle difese criminali che si tengono nell'Italia Lombardo-Veneta (1) ne fa scorgere che le medesime vanno fornite di tutte le splendide doti che sono comuni in generale alle difese degli oratori italiani, ed oltracciò, che la prescrizione d' una teorica legale della prova contenuta nelle leggi austriache ha impresso loro in particolare un carattere più logico e più scientifico. — In Germania la gravità del carattere nazionale fa sì che le difese vi rassomigliano di preferenza alle inglesi. =

§ 81. *Parti della scrittura o del discorso di difesa.*

Siccome nella difesa trattasi di discolpare l' accusato, e di rimuovere da lui una pena minacciatagli, così *a*) vuolsi narrare il fatto, che deve essere giustificato nel suo vero aspetto, ed in modo che da sè medesimo si giustifichi, facendo conoscere al giudice l'imputato in tutte le sue personali relazioni; *b*) devono esibirsi gli argomenti, i quali servono alla difesa, parangonarli coi fatti, derivandone conseguenze conformi alla legge. Poichè la prima cosa accade in via di narrazione, e la seconda in via di argomentazione giuridica, così dannosi due principali parti della difesa: 1. la parte storica, e 2. la parte giuridica; (2) —

La parte storica contiene la narrazione fedele, completa ed opportuna di tutti i fatti la cui cognizione importa nel decidere, o dai quali possono derivarsi veri argomenti giuridici di difesa; questi fatti ponno riferirsi al materiale del reato, all'agente od alla procedura.

La parte giuridica contiene tre altre parti. *A*) Il difensore stabilisce prima il vero pnnto di vista principale della difesa, la tesi che egli vuol provare colla sua argomentazione (*status controversie, quæstio, propositio*). *B*) La seconda parte porge gli argomenti della difesa, raccoglie insieme le prove di questa, e cerca di convincere della verità della tesi stabilita. (Argomentazione). *C*) La conclusione riassume le deduzioni giuridiche

(1) Noi ci servimmo a quest'uopo delle interessanti comunicazioni fornite dalla Gazzetta dei Tribunali di Milano, e dell' Eco dei Tribunali di Venezia.

(2) *Danz*, *Principii del proc. somm.* § 221. *Tittmann, Man.* Vol. IV, § 781 *Stübel*, *Proc. crim.* IV, § 2272.

contenute nell'argomentazione, e mette innanzi in nome dell' imputato la domanda o la proposta che si vuol fare (1).

La neccessità dell'esistenza di tutte queste parti, e l'ordinamento loro non vanno soggetti a regole immutabili per ogni caso. Non di rado le parti potranno compenetrarsi fra di loro insensibilmente, oppure una parte sarà così breve, che appaja superflua una separata esposizione della medesima: siccome accade quanto alla proposizione del punto di vista, allorquando non si possano addurre che mere cause mitiganti. Eziandio la narrazione può in parrecchi casi essere assai breve, oppure limitarsi a cenni intorno a quanto i giudici conoscono diggià dalle pertrattazioni, alla esibizione del nome dell' imputato e della incolpazione. Sovente la difesa può incominciare colla sola descrizione del fatto punibile, pel quale l'incolpato venne sottoposto ad inquisizione (2). Il naturale buon gusto sarà la miglior guida del difensore in queste cose, specialmente nelle trattazioni orali pubbliche, nelle quali tornerebbe assai sconveniente ed incomoda una formale separazione delle parti del discorso di difesa nel modo in cui si separano le parti di una scrittura.

Nel discorso di difesa, il quale viene esibito dal difensore a voce nella trattazione pubblica, può sopraggiungere alle parti summenzionate una nuova, cioè l'esordio, della cui necessità e del cui ordinamento si faranno alcune osservazioni più sotto.

§ 82. *Regole generali intorno alla esposizione di qualunque parte della difesa.*

Siccome le scritture od i discorsi di difesa appartengono agli elaborati giuridici, pei quali si danno regole generali d'una buona esposizione (3), così il difensor osserverà accuratamente codeste regole (4).

A). Il difensore non violerà mai la legge della verità (5), non addurà nel suo racconto cosa contraria agli atti, non si permetterà contor-

(1) Intorno a queste parti, V. *Cicero de Invent.* 14. *Quinctil, Instit.* III, 9, *H. Blair, Lectures, lect.* XXVIII. *Eschenburg, Teorica.* § 409. *Koch, Guida.* § 94. *Meister, Introduzione,* § 270. *Zachariæ, Eloquenza forense,* § 109 *Bauer, Guida,* § 66.

(2) *Tittmann, Man.* III, § 447.

(3) L'esposizione delle regole dello stile sembra inutile per chi ha una coltura generale; chè infatti niun incolto deve diventare difensore. Le regole successive devono soltanto servire di ricordo e fissare l'attenzione. Vedi anche *Bauer, Guida,* § 60 e 61.

(4) Vedi *Bischof, Trattato dello stile tedesco di cancelleria.* Helmstadt. 1793 § 153. *Gönner, Prat. giurid.* p 29 ecc. e le opere di *Pütter, Schott, Mereau, Gensler, ecc.*

(5) Già per l'art. 80 della CCC. il difensore dovea promettere di sostenere soltanto la giustizia e la verità. Vedi anche *Hermann, Saggio,* p. 42,

cimenti di senso, nè si richiamerà ad argomenti che non provano, o che non sono veri, od a leggi male addotte od oscurate (1). *B*) Egli cercherà di evitare la noja dei giudici colla brevità, ometterà ogni fatto superfluo, ogni inutile argomentazione, o poetica dipintura, le declamazioni, le ripetizioni senza scopo, gli argomenti non decisivi (2). *C*) Tuttavia egli non affetterà la brevità al segno di non essere completo, o di omettere nel racconto fatti che hanno influenza sulla difesa, o di tralasciare punti di vista che contribuiscono a ben giudicare del tutto, od argomenti efficaci. *D*) Parimenti egli osserverà la legge della chiarezza (3), scegliendo espressioni determinate nel suo racconto, esponendo i fatti nell'ordine cronologico, ed in modo che a vicenda si spieghino fra di loro, precisamente designando tutte le circostanze accessorie, di persone, tempo, luogo, ecc. evitando ogni ambiguità, e guardandosi dall' addurre argomenti probatorii inopportuni ed erronei punti di vista. *E*) La sua sposizione osserverà un rigoroso ordine, nè le varie di essa parti saranno confuse fra di loro, ma tutti i fatti verranno esposti in modo, che il leggitore scorga l' andamento e lo sviluppo graduato dell' avvenimento, della cui giustificazione si tratta, e la successione delle circostanze influenti. Gli argomenti probatorii saranno esibiti in modo che a vicenda si spieghino, si preparino, e si connettano fra di loro (4).

§ 83. *Regole relative allo stile.*

Anche in riguardo allo stile l' accurato difensore osserverà 1. le generali esigenze di uno stile purgato e forbito, e 2. nell'elaborato di cadauna parte di sua scrittura seguirà le regole che valgono per quella specie di stile che torna conveniente alla medesima.

Così *A*) nella scelta delle espressioni (5) egli si guarderà *a*) dalla bassezza, *b*) dalla gonfiezza, *c*) dalla smania di novità, e del pari *d*) dall'uso

(1) *Grollmann*, disse nei suoi *Principii della scienza del dir. crim.* 2 ed, p. 760: *verità* deve presiedere alla parte storica, *profondità* alla parte dimostrativa, *buon gusto* a tutta quanta la sposizione.

(2) *Blair, Lect.* parte III, p. 17. *Lawson*, p. 198. *Okhardt, Insegnamento.* § 38.

(3) *Camus, Lettres sur la profession d' avvocat.* tomo I, p. 146.

(4) Vedi sopra queste regole il classico passo di *Quintil. Inst.* VIII, 2, *Nobis prima sit virtus perspicuitas, propria verba, rectus ordo, non in longum dilata conclusio, nihil neque desit, neque superfluat. Ita sermo et doctis probabilis, et planus imperitis erit.*

(5) Vedi *Aretin. Annali dell' amministrazione della giustizia in Baviera*, Neuburg. 1811, p. 203. V. anche *Puchta, L'uomo d'affari negli oggetti pubblici e di diritto privato.* Erlangen, 1818. § 60 99.

di parole antiquate, o straniere non accettate. Sarebbe tempo, che dagli elaborati giuridici tedeschi scomparisse il mal costume, per cui i giureconsulti ripongono il loro orgoglio nel far uso di parole straniere che potrebbero facilmente venire surrogate da espressioni alemanne.

B) Egli eviterà nell'ordinamento delle frasi i periodi prolissi (1) del pari, che la troppa scissione delle proposizioni o l'accumulamento di piccole e brevi proposizioni (2).

C) Non meno attento alle singole parole, il difensore eviterà l'ampollosità dei periodi colla scelta di epiteti non espressivi o persino ripugnanti, o troppo poetici o superflui, come pure il rendere asciutto il linguaggio per farlo stringato coll' uso di troppe congiunzioni, oppore il nuocere alla chiarezza dell' oggetto principale con inopportuni pronomi, specialmente relativi. Il difensore eviterà in particolar modo due estremi: 1) quello di un linguaggio pedantesco, e quale suolsi adoperare negli atti: 2) quello di una sentimentale declamazione (3); egli si manterrà del pari esente dagli errori dell' antico stile di cancelleria, e dalle immagini poetiche esagerate, dalle comparazioni, dalle citazioni di passi di poeti, ecc. Il difensore deve altresì nella redazione d' ogni singola parte osservare costantemente le regole dello stile conveniente ad essa in particolare, secondochè egli è narrativo, o dimostrativo (4). Nelle narrazioni egli cercherà di raggiungere col suo stile lo scopo, che ognuno scorga chiaramente i fatti nel modo in cui essi seguono gli uni agli altri e forniscono un risultato favorevole all'imputato: porrà in rilievo con vivacità e calore importanti avvenimenti, e minutamente li tratteggierà, serbando decoro, e precisione (5), senza piegare all'entusiasmo, il più delle volte non opportuno (6). Ma nell'argomentare il difensore cercherà di persuadere col peso delle sue ragioni, e si atterrà alle regole dello stile dimostrativo (*).

(1) Sulla costruzione dei periodi vedi anche *Seckendorf, Critica dell' arte.* pag. 339 383.

(2) Del resto all' oratore giudiziario vuolsi raccomandare piuttosto l' uso di piccole proposizioni, che il largo periodare.

(3) *Kleinschrod, nell' arch. del dir. crim.* tomo 1, fasc. 3, n. 2, pag. 32. *Bauer, Principii,* § 213.

(4) *Gönner, Pratica giuridica,* § 41 ecc. 101.

(5) Vedi *Adelung, Intorno allo stile tedesco*, tomo 1 § 209. *Eschenburg, Progetto*, § 332.

(6) Occorre appena rammentare, che la lingua e lo stile devono governarsi a seconda del caso che si difende. Ridicolo sarebbe il difensore, il quale facesse uso di grande apparato di ispirazione e di declamazioni per difendere un ladro di pochi fiorini. La economia delle forze nello stile è al certo una delle più difficili arti.

(*) Sullo stile e sulla sintassi nella lingua italiana vedi eccellenti riflessioni nelle lettere critiche di Ruggiero Bonghi, *Perchè la letteratura italiana non sia popolare in Italia* Lettera 7 e segg. Milano 1856. (G).

§ 84. *Applicazione delle regole alla sposizione orale.*

Le regole generali esibite nel § 82 relativamente alla verità, alla chiarezza, ecc. come pure quelle relative all'espressione, alla collocazione delle frasi (§ 83), volute in generale da ogni buona sposizione, rimangono le stesse, anche allorquando il difensore debba esporre in pubblico ed a voce, ma con parecchie variazioni 1. attesa la peculiarità della sposizione orale, ed, in particolare, attesa la necessità, che il discorso agisca immediatamente sull'intelligenza e sull'animo degli astanti senza il mezzo dello scritto, e perchè in una pubblica ragunanza parecchi ostacoli si oppongono all'attenzione da prestarsi al dicitore, sicchè fanno d'uopo eziandio appositò espedienti onde sostenerla (1). In relazione alla preparazione alle sposizioni orali non vuolsi consigliare 2. ad alcun difensore di scrivere preventivamente il suo discorso di difesa, come se dovesse essere presentato al tribunale, di impararlo a memoria, e di recitarlo poscia a viva voce; in tal guisa la sua sposizione sarebbe meccanica, e di leggieri si osserverebbe, che l'oratore manca della vera eloquenza, oltredichè l'effetto medesimo del discorso potrebbe andar perduto. In tal metodo di esporre a voce cose recate precedentemente a memoria, egli è anzi tutto a temersi, che per un disturbo qualunque (2) l'oratore si scompigli e smarrisca irreparabilmente il filo delle idee. Coloro i quali si sono assuefatti ad annotare dapprima ogni cosa onde poscia recitarla a viva voce, perdono alla fine la prestezza del concepire, e del parlare in pubblico all'improvviso. Segnatamente poi nelle trattazioni orali, in cui occorrono di frequente domande incidenti sulle quali torna necessario un dialogo tra l'accusatore ed il difensore, sono inevitabili discorsi a cui il difensore non si è apparecchiato, poichè egli non potè prevedere quelle domande; come pure allorquando il difensore deve ribattere l'accusatore che abbia parlato pel primo, gli torna necessario un discorso improvvisato. Ma coloro, che si sono accostumati a recitare i proprii scritti, inve-

(1) Non di rado dimenticano taluni che devono parlare in pubblico altra dover essere l'elaborazione d'una scrittura che si può leggere comodamente a casa, ed altra quella di un discorso destinato ad un uditorio. Assai bene si esprime in proposito *Camus*, *Lettres sur la profession d'un avocat* I, p. 107. *Comparez votre état lorsque vous lisez avec ce même état lorsque vous entendez parler. Quand vous lisez, vous êtes en même temps le juge et le maître de votre attention; elle commence à se fatiguer, vous fermes le livre, que vous reprendrez dans un moment plus favorable. Rien de ceci n'a lieu quand on est réduit à la fonction d'auditeur.*

(2) Quante volte nel colloquio tra due persone, se chi ascolta affissa lo sguardo in colui che parla, ne può derivare uno sconcerto in quest'ultimo.

ce di parlare al momento, sono incapaci di replicare con energia e prontezza. Che se non può commendarsi il metodo di preparare scritto ciò che deve recitarsi a voce, nemmeno è però da consigliarsi al dicitore, che egli si avvezzi a discorsi non affatto preparati. Può darsi bensì in parecchi casi, che l'oratore ispirato durante il corso delle trattazioni, e mosso dall'interesse che egli prende alla causa, parli nel miglior modo colà appunto dove non si è preparato, ma questa non è cosa regolare. Molto più opportuno si è certamente (1) che il difensore, dopo essersi abbozzato preventivamente il suo discorso di difesa ed avere pensato, e scritto l' andamento di esso, si abbandoni poscia nell' esecuzione al proprio talento ed alla propria facondia; una esposizione del tutto libera e non preparata riescirebbe per lo meno disordinata e sconnessa negli oratori non molto esperti (2). Durante le trattazioni riesce agevole al dicitore, il quale abbia chiaro in mente lo schema essenziale del suo discorso, l' inserire in acconci luoghi di esso i fatti di nuovo sopraggiunti, o le opportune osservazioni che gli si presentano. = Vuolsi ricordare sopratutto al difensore, che, dopo avere studiato gli atti. dell' inquisizione, e conosciuti i capi dell' accusa, e le prove sulle quali la procura di stato si appoggia, si proponga il piano da seguire nel rigettare in tutto od in parte l' accusa, ed i punti di vista ai quali debbe rivolgere la sua difesa, sia che egli voglia distruggere il materiale del reato, o le prove della reità. oppure addimostrare la non imputabilità dell' accusato, od addurre altro motivo di esclusione della pena, come p. es. la necessaria difesa, o porre in chiaro cause mitiganti. Il difensore esamina quindi le prove esistenti, ed indaga quali mezzi di difesa gli siano offerti dagli atti stessi dell' inquisizione. Dietro a ciò egli si fa il suo piano di difesa, e di ordinamento del suo discorso, e si prefigge quali argomenti, ed in qual ordine egli debba adoperare, ed in qual modo li abbia a dimostrare. = 3. Rispetto alla conformazione dei periodi, vuolsi raccomandare ad ogni difensore di astenersi da quella conveniente soltanto alla sposizione scritta, e di preferire periodi brevi e strettamente connessi fra di loro (così detto *style coupé*) 4. Non vuolsi raccomandare meno caldamente l'astinenza dai soverchi incisi nel discorso orale. 5. Il difensore deve possedere eziandio la necessaria cognizione degli uomini, onde scorgere dalla ciera istessa de' suoi uditori quali punti della sua sposizione non furono debitamente compresi. Egli deve possedere in questi casi sufficiente perizia nel concepire il

(1) Anche distinti retori ciò consigliano specialmente ai principianti. *Camus, Lettres sur la profession d'Avocat*, tomo I. pag. 319.

(2) Intorno a ciò vedansi buone regole, e una buona guida in *Delamalle. Essai d' institutions oratoires*, voi. I, pag. 6.

punto di che si tratta da un altro lato, e nel conseguire il suo scopo con un altro modo di esporre. In questo riguardo, 6. vogliansi eziandio permettere al difensore ripetizioni di cose già dette, onde sussidiare l'attenzione. 7. Invece di numeri, i quali servono quali mezzi di distinzione per chi scrive, l'esponente a voce deve provvedere un grande numero di parole di passaggio da un punto all'altro del discorso. 8. Egli è permesso altresì al difensore di far maggiormente rilevare i punti più importanti mediante dimostrazione della loro influenza apposita. 9. Eziandio le espressioni possono essere nella sposizione orale più vivaci, il tuono e l'indole del discorso più calorosi, che nella sposizione scritta, benchè il dicitore non debba dimenticare, che l'eloquenza giudiziale è delle più moderate, e meno concitate (1). Quanto più il dicitore è infiammato dal suo subbietto, e compreso della dignità di sua missione, e fondatamente apparecchiato, quanto più egli padroneggia colla logica il materiale del suo dire, tanto più forte si fa l'impressione della sua eloquenza. Del resto il carattere speciale della difesa orale sarà differente secondo che il difensore avrà a parlare davanti a giurati o a giudici giurisperiti (§ 80). Quand'anche la difesa tenuta davanti ai giurati debba mirare a produrre la persuasione dell'innocenza o della minor colpa dell'accusato mediante esame delle prove esistenti secondo le regole di ragione, e quantunque vogliosi avvertire di nuovo, che le orazioni di difesa dell'antichità, e l'intento dei retori antichi di porre in movimento le passioni dei giudici, non possono proporsi a modello al difensore odierno tuttavia ella è cosa certa, che la difesa deve essere coordinata alla peculiarità dei giurati, i quali non esperti nè delle regole nè della esperienza del diritto, vengono facilmente illusi da fatti rimarchevoli (2), che il pubblico accusatore sa mettere in chiaro e tratteggiare in tutta la loro efficacia imputativa, e tratti nella convinzione della reità dell'accusato senza dar molto valore ad altri fatti che servono alla difesa, e che nel corso delle trattazioni poterono loro agevolmente sfuggire, o dei quali non conobbero tutta l'importanza (3). Egli è qui è dovere del difensore di dar risalto a questi ultimi fatti, opponendosi ad ogni contraria impressione. Dovendo egli parlare ad uomini privi di coltura giuridica ed inesperti nel sentenziare, la sua argomentazione deve essere semplice, e tale da determinare l'intelletto umano, e da vincolare l'attenzione; egli deve analizzare le prove, addurre dati dell'esperienza, servirsi di molti esempli, ed esporre insomma

(1) *Blair, Lezioni*, parte III, pag. 14.

(2) Chiunque abbia assistito a dibattimenti innanzi ai giurati, sa quanto sovente da una deposizione, a cui il giudice sperimentato non da alcun valore, queglino sieno scossi e portati e credere alla reità dell' accusato,

(3) Si rifletta solo a quanto sia difficile pei giurati tener dietro a dibattimenti che durano talvolta parecchie settimane, comprendere chiaramente e con ordine le singole deposizioni, e ricordarsele tutte.

in modo, che possa col miglior fondamento sperare, che i suoi argomenti siano per trovare accesso nell'animo dei giurati. Nell'esposizione davanti a giudici giureconsulti all'incontro la difesa assumerà un carattere maggiormente giuridico, potendo ivi il dicitore far conto su uditori, i quali conoscono le regole del diritto sono avvezzi a tener dietro a sposizioni giuridiche, ed a ponderare con accorgimento tutti i fatti. = Particolar mezzo di produrre la persuasione si è l'appoggiare la propria opinione con esempli che colpiscano, coll' additare analogie, colla dimostrazione delle conseguenze che verrebbero dall'ammissione dell'opinione opposta sostenuta dall'accusatore. Vuolsi raccomandare ad ogni difensore di evitare, specialmente nel processo orale, ogni superfluità, e di limitarsi a quei soli punti i quali può sperare che influiranno sulla persuasione dei giudici. Così la difesa diventa molto più breve e fa maggiore impressione, mentre in pari tempo, allorchè il difensore si astiene da ogni esagerata ed arrischiata espressione, di cui non può credere che i giudici andranno persuasi, egli può star sicuro, che giudici coscienziosi saranno determinati assai più dalle altre sue allegazioni; poichè suscita una favorevole prevenzione quel difensore, il quale appare uomo che cerca la sola verità, nè si rifugia in esagerazioni, e fallacie, alle quali egli medesimo non presta fede. =

= § 84. *A) Eccezioni opposte del difensore all' aprimento delle trattazioni, di far valere nell' interesse dell' accusato*

Come nel processo civile l'avvocato propone sovente eccezioni dilatorie relative al processo, nè per anco risguardanti la causa principale, così anche nel processo penale il difensore si troverà sovente in necessità di far valere subito all'aprimento della trattazione certe mancanze, e di fare certe proposte, la cui ommissione potrebbe tornare dannosa all' accusato, perchè facendolo più tardi gli potrebbe essere silenzio. I. Si riferiscono a questo proposito; le proposte, le quali risguardano la competenza del tribunale che deve trattare e decidere, mostrandosi che l'accusa non può essere portata davanti al medesimo, in quanto l'eccezione d'incompetenza non dovesse a tenor della legge proporsi durante processo precedente in via di ricorso. II. Proposte, relative all' incapacità di sentenziare, od alla qualità sospetta di alcuno dei giudici che compongono il tribunale, o di qualcuno dei giurati, allorchè la causa si agiti davanti ad un giurì (1). III. Proposte intorno alla inammissibilità dell' accusa, perchè una sentenza passata in giudicato sia già stata emessa intorno al fatto, che forma oggetto dell'accusa, e l'accusato, che venne assolto, non

(1) Dimostrando talvolta che l' accusato non potè sapere prima il motivo di ricusa.

può più tradursi davanti al tribunale pel fatto medesimo (1). IV. Proposte intorno alla necessaria sospensione della procedura, perchè la discussione criminale dipenda da un punto, che vuol essere pregiudizialmente discusso davanti al tribunale civile, prima che la procedura penale venga incamminata (2) (*). V. Proposte di necessaria proroga della seduta, perchè ciò torni importante onde scovrire la verità, p. es. perchè non potè ancora rinvenirsi un testimonio importante per la prova di discolpa, o perchè un testimonio tornerà più tardi da un viaggio, o perchè l'accusato si è ammalato (3). VI. Proposte di congiungimento di separate accuse, onde impedire giudizii contradditorj (4). VII. Proposta di separazione di accuse insieme congiunte, perchè l'intrusione di nuovi reati potrebbe facilmente nuocere all'accusato (5).

1. PARTE STORICA.

§ 85. A.) *Dell'esordio.*

Parte principale del discorso è riconosciuta dai retori antichi (6) e moderni (7) l'esordio, cui essi dividono in due parti: *a*) nel *principium* cioè introduzione, aprimento del discorso, in cui viene esposto l'oggetto e lo scopo del medesimo; *b*) nell'*insinuatio*, cioè quella parte del discorso in cui deve essere raccomandato agli spettatori l'argomento e preparata negli animi una disposizione favorevole all'oratore. Atteso il carattere dell'eloquenza giudiziario dell'antichità (§ 80), l'esordio doveva essere allora certamente una parte importante del discorso giacchè faccea mestieri in quelle assemblee di giudici, simili alle assemblee popolari, destare una disposizione degli animi favorevole all'accusato, e combattere le sinistre prevenzioni suscitate o dall'accusatore o da politici riguardi.

(1) A questo punto si riferisce le quistione agitata in Francia intorno all'art. 3 del *Cod.* sugli effetti di una sentenza assolutoria. Vedi la mia opera, *La legislazione nel proc. pen.* 1857 pag. 613.

(2) Per es. nei processi per bigamia nei quali si richiede anzitutto una sentenza del tribunale matrimoniale. *Regol. del proc. pen. austr.* § 4.

(*) Nel regol. proc. pen. aust. del 29 Luglio 1853 la reciproca influenza del punto di diritto civile e del punto di diritto criminale è retta dai due principii fondamentali seguenti. 1. Nessuna decisione di un tribunale civile, laico, od ecclesiastico matrimoniale, vincolo il giudice penale in quanto trattisi di giudicare intorno alla punibilità dell'imputato. 2. Ad eccezione delle cause matrimoniali, in nessun punto di diritto civile, che sia pregiudiziale al punto di diritto penale il giudice criminale è astretto ad attenersi alla decisione già emessa dal giudice civile perciò che riguarda i fatti su cui questa decisione si appoggia, nè ad aspettare tal decisione, nel caso in cui ella non sia stata ancora emessa (Vedi § 4). — Sulla reciproca influenza del punto di diritto civile e di quello di diritto criminale vedi *Mittermaier, Proc. pen. ted.* § 6. (G).

(3) *Trebutien, Cours*, p. 393.

(4) *Cod. d'instr.* art. 307 *Trebutien*, pag. 379.

(5) *Cod. d'instruct.* Art. 308.

(6) *Cicero, De Invent.* I, 15 18. *De orat*, II, 315. *Quinctilian*, IV, I.

(7) *Blair, Lezioni*, parte III, pag. 87. *Zacharia, Eloquenza forese*, p. 201.

L'indole stessa dei giudici dell'antichità consigliava all'oratore di rendere anzi tutto benevoli gli spettatori col maneggio delle passioni, e di assicurarsi così un propizio ascolto. La stessa inquietudine consueta nelle pubbliche assemblee rende necessario il non cominciar subito cogli argomenti principali, ma sì il cattivarsi e il padroneggiare dapprima l'attenzione degli astanti. Per queste cose si fa chiaro il perchè i retori dell'antichità dessero un triplice scopo all'esordio, *auditores reddere benevolos, attentos, et dociles*, cioè guadagnare la propensione dell' uditorio, attrarre gli astanti colla novità e coll'importanza della causa, e distogliergli da preconcette opinioni, e da sinistre prevenzioni.

Ma se si considera il carattere del processo penale odierno, chiaro si fa, che l' esordio non puo più avere appo noi quel gran valore, che si ebbe presso gli antichi oratori. Il nostro processo penale non porta più in sè il carattere drammatico dell'antico, più ristretto è eziandio il numero dei giudici, ed una decisione penale dettata da soggettive disposizioni, o suggerìta soltanto dall'equità, o dalla misericordia ripugna all'esigenze della legge. Il difensore giudiziale dei tempi nostri non deve lottare, come l' antico, colla burrasca delle passioni degli uditori, colla loro avversione all'accusato, e con un appassionato accusatore, ne' affaticarsi a produrre una disposizione favorevole ad una imparziale decisione; anche allorquando decidono giurati, tornerebbero disacconci gli esordii alla ciceroniana.

I giurati dei nostri tempi non si possono paragonare ai giudici popolari dell' antichità; la loro accurata scelta, il limitato loro numero, la loro posizione in faccia ai giudizi, l' istituzione di tutto il processo penale li distingono abbastanza da quelli; la legge non vuole da loro una sentenza suggerita dall'umore o dall' impressione di sentimenti indistinti, ma sì un pronunciato che si convenga al risultato delle prove prodotte, benchè non debbano essi render conto del come si tennero persuasi (1).

Egli è tuttavia necessario nel dar norme per la compilazione dell' esordio, distinguere le difese che si producono davanti ad un giudizio di giurati, da quelle che avanti ad un collegio di giudici giureconsulti. Nel primo caso l' esordio non sarà senza vantaggio, e gli scopi del medesimo

(1) Se non che troppo spesso si disconosce questo carattere del giurì. Il giurì non deve propriamente aver riguardo alla pena, quale ulteriore conseguenza della sentenza da lui emessa, nè deve assolvere per compassione contro il proprio convincimento; la legge francese (art. 342, *Cod. d'instruction*) richiede un convincimento che sia l' effetto della impressione *des preuves rappertées contre l' accusé et des moyens de sa défense*. Il giurì in Inghilterra e negli Stati Uniti d' America meglio del francese risponde alla natura di un giudizio per giurati; vi è per altro riconosciuto il principio che i giurati devono giudicare dietro certe regole di prova, e in Inghilterra, nei casi di accusa d'alto tradimento, si dice ai giurati, che essi non possono ritenere provato il fatto, se non quando egli è confermato almeno da due testimoni. Vedi in generale il mio scritto: *Il proc. pen. ted.* I parte, § 42 e 43, e II parte § 103.

insegnati dai retori potranno anche oggidì in parte essere applicati. I giurati, benchè non debbano lasciarsi guidare che dalle prove esistenti, non ponno tuttavia svestirsi del tutto delle abitudini dell'uomo, e, siccome essi non devono dare alcun conto di loro decisióne, e la legge esigeda loro soltanto una intima convinzione, sulla quale influiscono involontariamente anche le opinioni e i sentimenti, cosi il pronunciato dei giurati dipende spesse volte eziandio dallo stato dell'animo loro, sicchè bene il difensore verrà piegando queste a profitto dell'accusato, ed allorquando un esperto procuratore di stato cercasse di guadagnarsi i giurati, egli si opporrà all'impressione lasciata dal suo discorso, oppure scorgerà l'attenzione dei giurati sui punti favorevoli in particolare. Il modo in cui il pubblico accusatore ha condotto la sua sposizione verrà pur determinando l'indole dell'esordio della difesa. Se l'accusatore si è adoperato a suscitare mediante il gioco delle passioni una disposizione d'animi favorevole all'accusato, ed ha fatto risaltare una qualsiasi connessione del fatto con politici riguardi, l'esordio della difesa sarà inteso del pari ad ovviare a queste impressioni. = In tutti i casi, ed anche in quelli in cui ha luogo una trattazione pubblica ed orale, se l'accusatore ha intaccato nell'esordio il carattere dell'accusato, dipingendolo in modo, che il crimine gli si possa facilmente attribuire, il difensore non trascurerà mai di cominciare con una dipintura favorevole del carattere dell'accusato, e di porre in rilievo quei tratti appunto, i quali fondano la presunzione che non gli si possa attribuire il crimine onde è accusato. Spesso ella è cosa opportuna, allorquando l'accusa cominciò sopra denunzia o sopra istanza di una persona privata, che si dice danneggiata dal crimine, il descrivere nell'esordio i rapporti, che intervennero fra l'accusato, ed il preteso danneggiato, e dai quali si desuma che il denunziante fece una falsa denunzia per odio di partito (1), o per spirito di vendetta, oppure per avidità, perchè l'accusato non abbia voluto soddisfare infondate pretese. (2)=Se il caso per la lunga durata del processo, per una particolare complicazione, od a cagione di punti incidenti, ottenne un singolare interesse, l'esordio può venire desunto anche da questi riguardi. Ma se al contrario devesi insinuare in un processo penale scritto e segreto una scrittura di difesa, destinata per giudici giureconsulti, l'esordio nel senso degli antichi retori perde ogni valore. Chiamati a decidere soltanto dietro una teorica legale della prova, ed a rendere conto dei motivi di loro persuasione, questi giudici, pei quali la sentenza non è che il prodotto di intelligente disamina, e di assunzione del caso speciale nella legge generale, non possono lasciarsi guidare dalle loro propensioni, la disposizione di loro animo è indifferente, la loro attenzione non è da destarsi con mezzi artificiali, perchè il loro ufficio, ed il sentimento del dover loro li predispongono in modo favorevole al solo diritto, e

(1) Ciò accade spesso in coloro che, abbandonato un partito politico a cui prima appartenevano, si fanno persecutori accaniti degli anteriori loro socj.
(2) Locchè suole accadere specialmente nelle accuse per crimini di stupro.

ad una perfetta imparzialità. Per essi i più begli esercizii retorici, ed i più elaborati esordii sono inutili, degenerano in vuote declamazioni, nè costituiscono una parte essenziale della scrittura di difesa, da cui possono al contrario sbandirsi senza alcun danno. Se debbesi discutere alla chiusura delle trattazioni orali davanti a giureconsulti, non tornano in questo caso in acconcio le ragioni per le quali l'esordio diventa spesso importante nelle orazioni di difesa davanti ai giurati: tuttavia, poichè le trattazioni orali pubbliche sono sempre dotate d'una certa solennità e tendenza a produrre negli spettatori una favorevole impressione, e poichè l'accusatore pubblico suol fare in esse un esordio al discorso d'accusa, e rivolgersi ai giudici con una chiusa solenne, anche il difensore non ommetterà in tal caso di premettere un esordio alla sua difesa. L'esordio sarà allora derivato dall'importanza del caso, da certe particolarità del medesimo, oppure diretto allo scopo di distruggere le sfavorevoli impressioni che l'accusatore pubblico cercò di produrre negli astanti.

§. 86 *Osservazioni sull'elaborazione dell'esordio.*

Quand'anche possa affermarsi, che in una difesa scritta l'esordio non è a risguardarsi qual parte essenziale, tuttavia qualche volta, prima d'incominciare la narrazione, un breve esordio non viene meno in acconcio che negli scritti di parte nel processo civile; ma esso non deve racchiudere riflessioni generali, nè luoghi comuni, bensì essere breve, e servire soltanto di introduzione alla successiva scrittura presso il tribunale. Vi si accennerà pertanto solamente il giudiziale incarico di difendere, o vi si farà una breve giustificazione intorno all'osservanza del termine prescritto alla difesa, oppure si renderanno accorti i lettori del generale o speciale interesse del caso. Se in un discorso di difesa tenuto davanti ad un tribunale di giurati il difensore trova necessario l'esordio, dovrà questo: 1. essere elaborato giusta i tre scopi adotti dai retori, ma sempre con riguardo alla differenza dell'odierna eloquenza forense da quella dell'antichità: 2. essere stringato, affinchè non si stanchi in sul bel principio la pazienza degli uditori, spesse volte appena sufficiente a tutta l'estensione delle trattazioni. 3. Particolarmente però deve l'esordio accomodarsi facilmente e naturalmente al soggetto, apparire parte essenziale di tutto il discorso, ed uscir fuori in certo modo dall'insieme della causa (1). Un esordio, il quale potrebbe collocarsi con egual convenienza al principio di questo o di quel discorso, non corrisponde mai bene al suo scopo, nè potrebbesi in questo proposito consigliare al difensore di prendersi a guida Cicerone (2), laddove dice, che giova provve-

(1) *Efflorsse penitus ex re videri*, come dice *Cicerone.*
(2) *Cicero ad Attic.* L, XVI, epist. 6.

dersi di esordii in anticipazione, siccome egli soleva fare nelle ore d'ozio. Nemmeno opportuno riesce l'elaborare preventivamente l'esordio; molto meglio si è lo sbozzarlo, allorquando è già predisposto tutto il piano del discorso, oltredichè l'esordio è spesse volte determinato dal precedente discorso dell'accusatore, o da particolari relazioni (1), o da punti incidenti sopraggiunti durante la trattazione. 4. A buon diritto consigliano pure i retori (2) in questa parte dell' orazione d'essere assai modesti, di promettere poco anzichè troppo, di non incominciare adirittura con un attacco contro l'accusatore, ma piuttosto di far piegare a poco a poco l'opinione degli uditori in modo favorevole al proprio assunto (3). 5. Il difensore deve eziandio essere attento, perchè l'esordio non tocchi l'essenziale di suo discorso, e non assuma punti i quali spetterebbero piuttosto all'argomentazione, ed ivi sarebbero d'importanza in connessione con altri. 6. Finalmente il difensore esperimentato ometterà totalmente l'esordio, allorchè veda che per tal modo uno dei suaccennati scopi sarebbe meglio raggiunto (4).

§ 87. B) *Della narrazione in generale.*

Parte essenziale della scrittura, o dell'orazione di difesa è la narrazione, quale fedele ed acconcia esposizione dei fatti del cui giudizio si tratta, od i quali forniscono al difensore il materiale di sua argomentazione (5). Siccome i giudici devono applicare le disposizioni della legge ai fatti esistenti, ed il difensore s'adopera di volgere la giudiziale decisione al maggior bene dell'imputato, ma questa decisione si riferisce all'indole dell' azione e dell'autore, il difensore deve sempre adoperarsi di far sì: 1. che niun fatto rimanga nascosto ai giudici, il quale contenga un argomento di discolpa: 2. che nessun fatto venga esposto sotto un fallace punto di vista, che potrebbe fuorviare i giudici. Pertanto egli stesso si pone a narrare completamente, veracemente, e connessamente, preparando così la sua argomentazione (6).

(1) Per es. se egli osserva nei giurati una disposizione sfavorevole all' imputato.

(2) *H. Blair, Lezioni.* § 62.

(3) Chi non rammenta in questo proposito il magistrale esordio del discorso di Antonio nel Giulio Cesare di *Shakespeare*?

(4) Per es. se regna già la migliore disposizione a favore dell'accusato. Un lungo esordio in simili casi nuoce persino, perchè stanca gli uditori in sul bel principio. Vedi anche *Quinctilian, Instit.* ecc. 9.

(5) *Narratio est rei factæ velut factæ utilis ad persuadendum expositio. Quinctilian.* IV, 2. Sulla narrazione in generale vedi *Cicero* I, *Rhet.* 12 16. *De Inventione* 26. *De orat.* 326 330. *Quinctilian,* IV, 2. *Blair, Lectures,* lect. 28 parte 3, pag. 81. *Lawson,* p. 198. *Zachariæ,* p. 211.

(6) *Ockhardt, Insegnamento* § 31. *Hermann, Saggio* § 25.

La narrazione del difensore si governa 1. secondo le regole generali d' ogni narrazione storica (1); 2. ma lo scopo speciale ingenera altresi particolari riguardi. Non vuolsi qui dimenticare la divisione delle narrazioni storiche in *asciutte*, ed *estese* od *animate*, secondo che la storia viene esposta solo in frasi staccate, onde preparare unicamente la decisione della causa, senza particolare legame e connessione, senza parziale scopo del narratore, siccome accade nei referti, oppure mira a suscitare interesse colla esposizione dei fatti, sicchè la narrazione appaja elemento di una esclusiva deduzione di parte (§ 76). La narrazione nelle scritture difensionali deve essere *animata* (2).

§ 88. *Scopo speciale del difensore nella elaborazione della narrazione.*

Onde impedire che nessuna circostanza discolpante rimanga nascosta ai giudici, nè loro appaja sotto un fallace aspetto, il difensore deve: 1. far note ai giudici colla sua narrazione tutte le circostanze, di fatto che racchiudono argomenti di difesa: 2. narrare ogni singolo fatto in modo, che da sè e collocato nella sua giusta luce, venga facilmente e prontamente riconosciuto in tutta la sua importanza ed influenza nella decisione ecc.: 3. narrare altresì ogni fatto nella dovuta connessione cogli altri, per guisa che, dalla colleganza di tutte le circostanze emani da sè medesima la giustificazione dell'accusato (3). Lo scopo del difensore che narra consiste pertanto nell'accennare colla narrazione stessa tutti gli argomenti di difesa, e nel narrare in modo, che ognuno, che legga la narrazione, addivenga alle stesse idee del difensore, e si accordi colle sue conclusioni (4). Quanto più completamente ed energicamente sono esposte tutte le circostanze che

(1) *Grollman*, *Teorica del proc. giudiz.* § 116.

(2) *Gönner*, *Prat. giurid.* § 83.

(3) Assai bene dice *Blair*, § 81, *che le circostanze, che il difensore narra sono il fondamento di tutte le sue future conclusioni.* Vedi anche *Wolters*, *Sulla difesa* § 33, *Wangermann*, *Insegnamento sull' arte di condurre le inquisizioni* § 278. Così pure dice *Hermann*, *Saggio* § 38, *dovere la narrazione essere fatta con cura.*

(4) A torto si crederebbe che il suddetto intento del difensore nuoca alla verità. Se si riflette, che il difensore, 1. non può addurre fatto che non sia conforme agli atti, 2. che egli non può dare ai fatti provati se non quell'aspetto che assumono nell'intima sua persuasione, onde il giudice li consideri nel vero loro spetto, svanisce quell'opinione intorno alla proposta massima. Ogni invenzione di fatti, di cui non vi ha traccia negli atti, ed ogni negazione di fatti conformi agli atti e rigorosamente provati sono affatto interdette al difensore.

racchiudono argomenti di difesa, tanto più perfetta è anche la narrazione, la quale guadagna il lettore alla causa, e serve al difensore di base a' suoi argomenti di difesa.

Al contrario non si può raccomandare abbastanza al difensore di essere nel suo racconto breve più che possa, senza nuocere alla fondatezza, affinchè la memoria non venga sopraccaricata, e non si stanchi l'attenzione (1). In riguardo alla compilazione della narrazione nelle difese esposte in pubblico ed a voce, ed all'uso che vi si deve fare delle precedenti regole, il difensore non deve dimenticare, che i giudici, davanti ai quali egli espone, e che sono presenti a tutte le trattazioni, conoscono a sufficienza il caso con tutte le sue circostanze accessorie, ed hanno eziandio un'idea complessiva di esso, quale non sogliono avere i giudici decidenti nel processo segreto dopo la spedizione lor fatta degli atti dell'istruzione. Pertanto il difensore non cercherà di maggiormente ottenere colla sua narrazione, quanto è già altrimenti posto in sicuro; egli ommetterà quindi spesso la narrazione, o la costringerà in brevi limiti. Ma nella maggior parte de' casi non si deve intralasciare la narrazione nelle difese davanti ai Giudizii per giurati. Ella diventa segnatamente essenziale, se *a*) le trattazioni furono assai lunghe od avviluppate, e vuolsi quindi soccorrere alla memoria dei giurati, o *b*) se l' accusato confessò con restrizione, ed è a temersi che il caso, nel modo in cui l' accusato lo narrò, non si presenti abbastanza chiaro ai giurati, o quando il difensore deve cercare di mostrare colla narrazione stessa la verisimiglianza delle deposizioni dell' accusato, o *c*) se l' accusato non confessò, e torna importante esporre fatti; nella loro relazione con esso, oppure *d*) se l' accusatore od il procuratore di Stato preposero alle loro conclusioni una narrazione che il difensore ritiene inesatta, o pericolosa al suo difeso. Per questa narrazione valgono anche le regole esibite nei paragrafi successivi, cui l' esperto difensore verrà modificando in ogni singolo caso. Egli è spesso opportuno tratteggiare nella narrazione la maniera non schietta con cui si procedette dalla Magistratura verso l' imputato, o la infondatezza del motivo per cui si aprì l' inquisizione speciale, o le male intelligenze, e gli errori, e la malizia delle persone dalle quali fu condotta l'inquisizione medesima. = Principalmente deciderà dell' estensione e dell' intento della narrazione (2) il vero scopo che il difensore vuol raggiungere nel singolo caso, ed il modo in cui il procuratore di stato espose i fatti nel suo discorso. Memore della norma fondamentale, che il difensore deve evitare ogni cosa, che non sia ne-

(1) *H. Blair*, *Lezioni*. Parte III, p. 17.

(2) = V. mie considerazioni in proposito nel *Giornale per le scienze politico legali*. Milano, 1841, p. 484. —

cessaria a raggiungere il suo intento, e guidato dalla persuasione, che le narrazioni di fatti, i quali si conoscono già abbastanza dalle trattazioni, non fanno che nuocere, perchè rendono i giudici mal disposti a sentire il resto del discorso, e ne stancano l'attenzione, il difensore farà senza molte volte di narrazione, o l' accorcierà più che gli sia possibile. =

§ 89. *Mezzi pel conseguimento di questo scopo.*

A) In relazione al contenuto.

Lo scopo testè esposto vuolsi raggiungere tanto per mezzo del contenuto, quanto per mezzo dell' esposizione. Del primo decidono tutte le regole concernenti i requisiti generali dell' esporre (§ 78); se non che lo speciale intento esige eziandio speciali riguardi.

I. Il difensore dovrà sempre osservare la legge della verità, attenendosi rigososamente agli atti riguardo a ciò chè vi si trovava ancor prima che fossero a lui comunicati, o che vi fu introdotto per opera sua (Sezione IV). 2) non iscambierà fatti che non siano pienamente provati, e che non appajano che probabili con altri accertati appieno, ma si addurrà i primi come dubbj (1). 3. All'incontro è lecito al difensore proporre come certi quei fatti cui verrà provando nella susseguente esposizione, ed intrecciarli anticipatamente nella narrazione (2). 4. Il difensore ha anche facoltà di dare ai fatti che concernono l'imputato quella piega, che più è confacente alla discolpa, di spiegarne l'intima natura nel più favorevole modo, ed giustificare alcuni di essi col far risaltare i motivi e le cause dei medesimi (se appena egli può sperare di rendere verosimile la sua giustificazione, e ne trova buone ragioni sia negli atti, sia nelle discussioni avvenute nel processo orale) (3).

(1) Questa differenza nel tenore della narrazione per cui ciò che è appena dubbio non si dia come certo, produce il benefico effetto di conciliar fiducia al difensore. — Quelle circostanze le quali sono in parte provate, ma non completamente, si devono senza dubbio allegare, ma il difensore si guardi bene dal mentire. *Quinctilian*, lib. IV, cap. 2.

(2) Per es. se il difensore vuol provare che l' accusato ha agito nell' esercizio della necessaria difesa, e vuol raggiungere questa prova col combinare insieme varie sue conclusioni, può già nel suo racconto presentare il fatto come una conseguenza della necessaria difesa. Vedi un eccellente esempio di tal sorta in *Cicero*, *Orat*, *pro Milon*.

(3) Per es. quando si dovesse difendere qualcuno che non ha denunciato un delitto. Qui l' ommissione della denuncia si può presentare come l' effetto della compassione, o di un sentimento morale, ovvero come una conseguenza dell' aver creduto che la denuncia a nulla avrebbe giovato, od anche della ripugnanza a comparire pubblico delatore.

II. Rispetto alla pienezza, ed integrità non deve dimenticare il difensore che la difesa è destinata per giudici, i quali conoscono gli atti (1), e perciò non è d'uopo che dessa contenga ogni circostanza, a guisa di una relazione. *a*) Completa è la narrazione ove soltanto non sia omessa alcuna circostanza che per avventura contribuir possa alla discolpa, *b*) quand'anche tale circostanza non servirebbe che a dar appoggio ad un altro principale argomento di difesa; *c*) quelle circostanze all' incontro, che si trovano negli atti, e nuocono all'accusato debbono essere citate in modo che abbiano a pregiudicare meno che sia possibile al medesimo, oppure debbono venir omesse del tutto in buona prevenzione (2). Se il pubblico accusatore ha messo in particolar luce singole circostanze siccome molto aggravanti, il difensore deve adoperarsi nella sua narrazione ad attenuare l' impresssione ch' elleno possono avere prodotta sui giudici, esponendole quali sono non consentanee all' imputazione.

§ 90. B). *In relazione all'ordine ed alla collocazione dei periodi.*

Se il difensore riflette che egli deve porgere una vivace e connessa narrazione, gli deve stare a cuore di guadagnarsi l'interesse dei lettori colla stessa sposizione dei singoli fatti, e di produrre coll'opportuna combinazione delle circostanze un risultato favorevole all' imputato.

In questo riguardo 1. devonsi tutte le singole circostanze che si trovano disperse negli atti esporre nel modo il più acconcio a giustificare il fatto e l'autore di esso; quindi le cause, i motivi del delitto, vogliono

(1) *Stübel, Proc. pen.* § 2273.

(2) Per es. quando un testimonio avesse deposto sfavorevolmente sul carattere dell' imputato, mentre altri testimoni fecero favorevoli deposizioni. In questo caso il difensore deve citare nel racconto solamente le deposizioni favorevoli; egli farà cenno bensì più avanti anche delle deposizioni contrarie quando sarà tempo di confutare l' accusa, ma nel racconto può opportunamente tacerle. È sempre pericoloso indicare quelle ragioni che possono venir opposte alla causa. Qui non si tratta che del fatto e del racconto. Mal farebbe il difensore passando sotto silenzio fatti svantaggiosi all' imputato: che anzi egli cercherà di indebolirne la forza nella scrittura difensionale, non gli essendo lecito di supporre che essi possano restare ignoti ai giudici, dal momento che risultano dagli atti. Epperò egli si adopererà nell' argomentazione a prevenire tutte le conseguenze che i giudici potrebbero dedurre da tali fatti (per esempio da sfavorevoli deposizioni testimoniali); soltanto nella narrazione sembra inutile addurre simili fatti i quali interromperebbero il nesso della storia a scapito dell'interesse che il difensore vuol destare. Nè seguendo tali regole si viola il principio della completezza, dacchè tutto ciò che qui si omette deve più tardi venire esposto

essere posti in chiaro in quell'ordine istesso in cui andarono gradatamente svolgendosi (1); 2. fatti i quali, ove siano congiunti, si rischiarano a vicenda, e dimostrano la sussistenza di altri fatti, voglionsi collocare nel debito nesso fra di loro (2); 3. del pari, circostanze, che devono apparire cause preparatorie di altre precederanno quest'ultime (3); 4. fatti, dei quali ciascuno, preso singolarmente, appare insignificante, ma che in connessione con altri fatti accessorii, comprova la sussistenza del fatto principale, devono parimenti essere connessi (4). 5. Sovente circostanze apparentemente accessorie, ma delle quali il difensore deve fare un particolar conto, vogliono essere narrate con maggior diffusione, energia e vivacità, mentre altre vengono addotte brevemente e senza molto abbellimento (5). 6. Spesso conduce allo scopo anche una breve osservazione atta a collegare le preposizioni, accennando al risultato da dedursi più tardi, oppure che serve di passaggio ad altro fatto importante, e prepara la necessaria disposizione degli animi (6). 7. Così pure il dovere del difensore esige finalmente, che egli adduca certi fatti i quali stanno contro l'imputato, in una tale connessione e corrispondenza colla

(1) Quanto più accuratamente il difensore, che per es. difende un uccisore, espone tutte le circostanze, che precedettero il fatto, i motteggi e le ingiurie dell'avversario, e l'intero andamento dell'azione, tanto più completo è il racconto.

(2) Per es. l'accusato di uccisione ha già antecedentemenie ferito un'altra volta il suo avversario; ora risulta dagli atti che anche in tale occasione l'avversario aveva dato occasione alla rissa con offese; il racconto di queste offese si deve connettere dal difensore col primo ferimento; una circostanza giustifica l'altra.

(3) Per es. seduzione, persuasione.

(4) Ciò è importante quando si abbia da provare l'imbecillità o la demenza, dove per avventura più testimoni depongono circostanze ad esse relative. Qui riesce importantissimo di esporre l'una dopo l'altra tutte queste singole circostanze; la loro rapida successione produce sicuramente la voluta impressione.

(5) È molto difficile a dir vero osservare questa regola, serbar cioè sempre una giusta misura, e distribuire opportunamente, a guisa di pittore, la luce e le ombre; ma in ciò sta appunto l'arte del buon narratore. Quando per es. alcuno è accusato di un fatto, cui per altro egli non confessa, e il difensore trova negli atti una circostanza che dimostra in quello un particolare amor della pace, e bontà d'animo, egli deve fermarsi a lungo su questa circostanza, e porla in chiara luce, additando eziandio per esempio l'influenza di una avvenuta seduzione. Tutto dipende dalla prudenza, e da quel giusto tutto che si acquista coll'esercizio.

(6) Per es. sovente giova il rimarco che un uomo dipinto buono e pacifico non è da credersi capace di un omicidio, oppure il fare una breve considerazione intorno alla particolare connessione delle circostanze, ecc; senonchè in queste cose vuolsi parsimonia e brevità.

circostanze accessorie, che ne rimanga attenuata la gravità che essi hanno, presi isolatamente (1).

§ 91. *Parti della narrazione.*

Poichè il difensore deve addurre ogni circostanza, la cui cognizione può contribuire al retto e favorevole giudizio dell'imputato, e poichè nel giudicare si pon mente 1. al fatto, 2. all' imputato, 3. al processo, così egli esporrà tutti i fatti che si riferiscono a questi tre punti. Pertanto la narrazione dovrà specialmente 1. tratteggiare l'imputato, e rendere cogniti ai giudici i rapporti che servono a rettamente giudicarlo, 2. porre innanzi quei fatti che servono di fondamento al reato con tutte le loro accessorie circostanze, e finalmente, 3. narrare l' andamento del processo (in quanto il difensore vi scorga motivi di difesa) (2).

§ 92. *A). Narrazione della vita dell' imputato.*

Lo scopo del difensore in questa narrazione non è altro che 1. di far conoscere ai Giudici l' imputato in generale, 2. di narrare tutte le relazioni di sua vita, le quali giustificano le sue azioni, 3. di addurre tutte quelle circostanze le quali collegarono l' imputato coll' azione delittuosa, precedendo alla medesima, ed ora servono pure alla sua discolpa. Pertanto il difensore verrà esponendo 1. le sole relazioni personali generali

(1) A ciò si deve particolarmente aver riguardo, se negli atti esistono circostanze di fatto che somministrano gravi indizj, per es. minaccie;queste circostanze si possono talvolta anche narrare, ma sempre in una opportuna connessione, e in modo che preventivamente si impedisca di trarne qualsiasi conseguenza sfavorevole : al che riesce il difensore mettendo una circostanza apparentemente sfavorevole all' imputato in tal connessione colle altre (quando nel caso concreto ve n' abbia e si possa provarle) che il valore che essa avrebbe se fosse sola, di leggieri si dissipi. Così per es. l' accusato fece precedentemente una pericolosa minaccia all' avversario: se questa circostanza è isolata, le si darà un gran peso, ma se invece ella è presentata come la conseguenza di una forte ubbriachezza ovvero se ella vien connessa colla circostanza che l'accusàto soleva preferire per ischerzo consimili minaccie a cui per altro sul sodo non pensava, perde ogni valore.

(2) Per quanto riguarda l' ordine di queste tre parti, si noti che non è sempre necessario seguirlo esattamente quale fu proposto in questo paragrafo. L' abile difensore comincierà anzi spesso coll' accennare al processo, oppure premetterà la narrazione del fatto, e poi descriverà i rapporti importanti della vita dell' imputato. Vedi un esempio di quest' ultimo modo in *Büttner*, *Supplementi al Diritto criminale.* Augusta 1808, n. 1.

dell'imputato (1), e 2. addurrà poscia tutte le cirstanze ivi contenute le quali forniscono veri argocomenti di discolpa (2), oppure 3. farà risaltare di preferenza certi fatti, i quali sventano la credenza, che l'imputato abbia potuto veramente commettere l'azione delittuosa appostagli, o gli preparano presso i giudici una favorevole prevenzione (3) ; 4. al che si connette eziandio un quadro condotto con tutta la possibile precisione delle più recenti vicende dell' imputato, in cui devonsi toccare di preferenza quelle circostanze, le quali concorrono alla sua discolpa (4). 5. Spesso torna opportuna eziandio una breve descrizione delle persone che circondarono l' imputato, e od ebbero una essenziale influenza sulla commissione del crimine, o diventarono oggetti di questo e rappresentarono nel processo la parte di nemici ed accusatori (5). 6. E' particolarmente importante la narrazione di quelle circostanze, le quali appajono quali germi od occasioni del delitto commesso, (6) e devono pertanto venir dipinte in tutta la loro efficacia discolpativa 7. La narrazione comprenderà opportunamente quei fatti eziandio, i quali precorsero immediatamente l'azione stessa (7), e col sussidio dei quali può essere côlto il vero punto di vista, preparata la giusta opinione, e stabilito il passaggio alla narrazione del fatto principale. 8. In generale il difensore deve addurre tutta la catena di vicende, che a poco a poco prepararono il delitto, di modo che nessuna lacuna sussista, ed il lettore o lo spettatore scorga la graduata formazione del reo

(1) A ciò si riferisce il nome, lo stato, la religione, l'età, la patria dell' accusato.

(2) Pertanto il difensore deve addurre per es. la mancanza d'istruzione. l'imbecillità manifestatasi fin dai primi anni, la stupidità, i cattivi esempi dei genitori, la cattiva educazione, ecc.

(3) È importante il dar risalto al conosciuto buon carattere, all' indole pacifica dell'imputato, nel caso in cui esso neghi il *Dolus*.

(4) Quindi non si possono omettere per es. la povertà. le sofferte persecuzioni, le malattie.

(5) Perciò, se per es. alcuno venne sedotto da un altro, ovvero se taluno uccise il proprio avversario, converrà far il quadro, nel primo caso, del seduttore, nel secondo dell'avversario ucciso; così pure, se, a cagion d'esempio. il processo fu provocato da un nemico dell'accusato, questo rapporto d'inimicizia dovrà essere messo nella debita luce.

(6) Così quando il difensore difende una giovane dall'accusa d'infanticidio, farà notare la relazione d' amore col seduttore: nel caso di conjugicidio darà importanza al matrimonio dell' imputato: in quello d' omicidio narrerà l' offesa che occasionò la rissa. In questi punti il difensore deve specialmente guardarsi dalla prolissità.

(7) Quindi per es. le ultime offese dell'avversario, il contegno dell' accusato prima del fatto, le buone azioni di lui, l' indole del suo animo, le suggestioni degli altri, ecc.

'oposito nell' autore del delitto (1). 9. Ove l' imputato soffra perturba-
oni mentali, dovrà il difensore nella narrazione porre in chiaro le circo-
anze, che accennano alla esistenza di esse.

§ 93. B) *Narrazione del fatto delittuoso.*

a) **Se il fatto delituoso venne confessato dall' imputato (*).**

Se l' imputato ha confessato il reato, questo siccome fatto principale,
eve anche essere narrato, e l'intento del difensore deve specialmente
ssere quello: 1. di collocare ogni lettore nella situazione del l'imputato, di
ipingere per siffatta guisa tutte le circostanze in cui quegli si trovò,
he ognuno facilmente ne indovini quello che accadde e trovi argomenti
i discolpa nell'animo proprio, il quale involontariamente gli dica, che
ı una simile situazione potevasi facilmente operare in quel modo (2);
) di far risaltare ogni motivo di discolpa, che risieda nel fatto, nel-
autore, e nelle circostanze accessorie; 3) finalmente di narrare l'azione
elittuosa nel modo più opportuno per la discolpa, (se negli atti si
ıanno per ciò buoni fondamenti). — Pertanto *a*) il difensore verrà ac-
uratamente esponendo ogni fondamento di discolpa, che si trovi nelle
ircostanze concomitanti od accessorie (3), *b*) oppure che risieda nel con
egno dell'autore (4). *c*) o nello stato dell'animo suo (5), o *d*) nel fatto
medesimo; segnatamente però *e*) il difensore cercherà nella sua narra-
zione (6) di esporre come verosimili le deposizioni dell' imputato intorno

(1) Vedi un esempio di scrittura difensionale conveniente al caso in *Buttner, Supplementi al Dir. crim.* Augusta, 1806, n. 1, per il fratricidio di *Ollenhausen*. È interessante il confrontar l' esposizione di questo caso nei *Casi notabili di Diritto criminale* di *Feuerbach* tomo II, n. 2, e nello scritto: *Esposizione di notabili delitti, desunta dagli atti,* Giessen 1828, n. 12.

(*) A questo proposito è necessario distinguere il caso in cui il fatto fu confessato, da quello in cui fu negato. L'assunto del difensore si cambia.

(2) Ciò è opportuno quando per es. il difensore descriva la situazione di una giovane, che abbandonata dal seduttore, respinta dai parenti, povera e senza mezzi, ammazzò il proprio figlio; ovvero esponga lo stato d' animo di colui, che sedotto e persuaso da altri, aizzato e tormentato dall'avversario. finalmente lo uccise; dato sempre, che negli atti del processo tali circostanze emergano provate.

(3) Per es. passioni che si destano impetuosamente, un' occasione improvvisamente presentatasi, circostanze inaspettate e prepotenti ecc.

(4) Per es. quando l' imputato, assalito dall'avversario, cerca tuttavia di risparmiarlo, e di prevenire conseguenze troppo gravi, ecc.

(5) Per es. la passione o la perturbazione di sensi dell'autore.

(6) Qui si deve nel racconto aver riguardo ai mezzi adoperati, al luogo, al tempo, all'oggetto del reato, ecc.

alla storia del fatto, ed all' aspetto del medesimo egiustificare il fatto coll'esposizione di tutti suoi caratteri (1).

1) Di natura particolare sono quei casi in cui l' imputato non confessa di avere commesso veramente il fatto, ma riconosce di essersi in sul finire di esso unito ad altre persone che lo avevano intrapreso. Qui il delitto devesi narrare secondo i dati forniti dall'imputato, e in modo che la verisimiglianza di questi risulti chiara, ed insieme debbonsi descrivere i rapporti in cui versava l'imputato al tempo dell'esecuzione del fatto, per mostrare che egli non può veramente esserne stato l'autore (2).

2) Nei casi in cui il fatto materiale è conosciuto dagli atti in modo incompleto, e difettoso, e il difensore vuole appunto elevare la sua difesa su queste medesime imperfezioni, è bene che egli si astenga da una narrazione, completa, per non cadere in contraddizione con sè medesimo.

3) Se l' imputato ha veramente confessato, ma il difensore è persuaso che la confessione è senza fondamento, e vuole mostrarla tale (3), in tal caso egli deve addurre la confessione in istile di citazione, cercando sia colla introduzione, sia con osservazioni incidenti, e colla natura stessa del racconto di far sì che non vi si presti fede. In pari tempo egli addurrà nella narrazione medesima quelle circostanze le quali spiegano come l'imputato sia stato condotto alla falsa confessione, quando per esempio siano state impiegate coazione e lusinghe.

4) Eziandio in altri capi, in cui il difensore riconosca per false singole circostanze che furono confessate, e voglia chiarirle tali, egli non deve far alcun uso delle medesime nella narrazione.

5) Se risulti che l' imputato abbia agitato in istato di ubbriachezza, e senza consapevolezza, devonsi rilevare particolarmente le circostanze, le quali mostrano la sussistenza e l'innocente origine di questo stato, ma le altre che l' imputato non confessò precisamente, perchè non ne era

(1) Questa è la parte più importante della narrazione nei casi di confessione qualificata. Quando per es. l'imputato confessa il fatto, ma fa appello alla necessaria difesa, alla *Culpa*, o al caso, fortuito, ecc. il difensore deve narrare il fatto in modo che si presenti come una conseguenza della necessaria difesa, della *culpa*, ecc. e col suo racconto rendere probabile l'indole di esso. Potrebbe per es. un difensore che difendesse *Hahn* nel caso riportato nei *Casi di diritto di Feuerbach*. tomo I n. 5, raccontare il fatto diversamente da quello che lo raccontò l' istesso *Hahn* ?

(2) Per es. un tale fu accusato d' aver ucciso una persona nella propria casa in *A* il 4 novembre alle quattro ore ore dopo mezzanotte. Egli sostiene di essersi fermato per affari il 4 novembre durante il giorno e fino verso sera in *B* lontano di un'ora da *A*, e di essere tornato a casa solo verso le sei ore di sera, dove, giunto appena, due individui di sua casa avrebbero ucciso quella persona, e poscia pregato lui di non far parola dell'accaduto.

(3) Per es. nei casi riferiti sopra al § 78. not. *a* A ciò si riferisce anche lo *scritto apologetico* stampato nell' appendice dell' opera di *Hermann*, *Saggio di una Guida*. 2. edizione pag. 229, ecc.

consapevole, vogliono essere messe innanzi soltanto come dubbie. (1)

6) Quanto a narrazioni deposte da un mentecatto, il difensore deve nella narrazione far comparire le medesime come inammissibili, a cagione dell' influenza della malattia mentale (2), e sia che dalla narrazione medesima elle appajano d'uomo che non fu conscio di quanto asseri, sia che il reato per l'indole stessa di sua esecuzione risulti un fatto possibile soltanto per parte di persona incapace di imputazione, o che l'ifluenza della perturbazione intellettuale, che diede origine al reato si appalesi chiaramente (3).

§ 94. *b) Se il fatto delittuoso venne smentito dall'imputato.*

Siccome in casi di questa natura l'imputato viene difeso principalmente per non aver egli commesso il reato, così sarebbe fuor di proposito una più minuta dipintura di questo ed una narrazione che mettesse l' imputato in connessione col medesimo. In tali casi l'assunto del difensore, il quale però non deve lasciare alcuna lacuna nella sua narrazione, sembra essere quello: 1) di additare tutte quelle circostanze accessorie del fatto commesso, le quali, nel mentre escludono la possibilità o la probabilità che l'imputato ne sia stato l'autore, diventano fondamenti della prova di discolpa (4): 2) di descrivere le condizioni dell'imputato al tempo in cui il fatto ebbe luogo, affinchè ne venga distrutta l'apparente relazione tra l' imputato stesso ed il reato (5), e si fondi la persuasione che il primo non può esserne stato l'autore. 3) Torna qui opportuno spesse volte, il tralasciare di giustificare l'azione in sè stessa, facendone risaltare anzi la tristezza e malvagità onde più grave si presenti il contrasto di lei col buon carattere dell' imputato 4) Talvolta eziandio basta nominare senz'alcuna amplificazione l'esistenza del fatto delittuoso, quale si riconobbe alla prima ispezione (6) 5) Sovente basta la sola esposizione delle imputazioni elevate contro l'accusato (7). 6) E sovente pure torna in acconcio, che il difensore,

(1) Vedi un esempio nella *Istruzione* di *Gerstäcker* I, pag. 106.

(2) Vedi un esempio nella *Guida* di *Hermann* pag. 281.

(3) Per es. se il reato è l'effetto di una *mania sine delirio.*

(4) Per es. se il fatto avvenne in modo che l' accusato non abbia assolutamente potuto commetterlo; ovvero se il modo in cui è narrato dal tribunale si presenta inverosimile. Somministra uno studio interessante pel difensore il caso riferito da *Zacharia* negli *Annali di legislazione a giurisprudenza pel regno di Sassonia* vol. I, pag. 351.

(5) Per es. se l'imputato al tempo del fatto si trovava in un luogo molto lontano, per avenntura ammalato.

(6) Qui è facile il passaggio, per avventura, per es. quando taluno è accusato d' aver ucciso la propria moglie, ed è negativo, si potrà dire: tutto a un tratto scomparve la moglie, ecc. o rapidamente si sparse la voce, ecc. ovvero si denunziò al tribunale, ecc.

(7) Vedi anche *Gerstäcker, Istruzione* I, § 95.

onde sventare gli indizii che emancano dai singoli fatti, esponga nel suo vero aspetto i fatti dai quali quegli indizii furono derivati.

§ 95 *C). Adduzione dei punti che concernono l' andamento del processo.*

1) Nessuna delle circostanze che susseguirono l'esecuzione del fatto deve di regola essere addotta, oppure non se ne devono addurre se non quelle, che servono a far comprendere il nesso degli avenimenti allora soltanto che queste circostanze contengono legali fondamenti di difesa(1), la loro citazione è importante, per es. quando l'inquisizione venne protrattà senza che ne abbia avuto colpa l'imputato 2. Della storia del processo nulla di regola si adduce, e perchè il difensore di rado ne desume argomenti di difesa, e perchè i giudici conoscono gli atti (2), 3. soltanto se ne deve addurre quanto basti a mostrare in qual modo si addivenne ad incamminare il processo contro l'accusato, nel che 4. giova talvolta anticipare qualche cosa intorno alle fonti dell'indizio principale, e porre innanzi relazioni di fatto conducenti al retto giudizio del medesimo (3) 5. Se il procedere stesso del giudice contiene illegalità, il cui avvertimento compete all' imputato, e donde il difensore deduce argomenti di difesa, tali illegalità si devono addurre 4); così pure 6) voglionsi far risaltare tutte quelle circostanze del processo le quali si riferiscono al contegno dell' imputato, ed influiscono come cause mitiganti ti, (5) o come cause diminuenti la pena, ovvero si oppongono all' ammissione che l'imputato abbia commesso il reato (6). = Nel processo orale, in cui i giudici conoscono tutto il corso delle trattazioni, la narrazione del processo potrà di regola essere intralasciata. =

(1) Per esempio il pentimento mostrato, l' essersi da sè medesimo denunciato al Tribunale, ecc. l' essersi adoperato per impedire le conseguenze del fatto.

(2) *Tittmann, Manuale,* IV Vol. § 781.

(3) Per es. quando un perfido nemico incolpò l' accusato: quando fuvvi un segreto intrigo di famiglia ecc.

(4) Per. es. se l' esame fu assunto in modo illegale, ovvero l' accusato fu costretto a deporre, ecc.

(5) Per es. se l' accusato subito al primo esame tutto confessò, e svelò spontaneamente altre circostanze importanti.

(6) Per es. se l'imputato si consegnò spontaneamente alla giustizia, mentre poteva facilmente fuggire.

II. PARTE GIURIDICA.

§ 96. *A) Esibizione del punto di vista principale della difesa.*

UTILITA'

Esenziale vantaggio trae il difensore dall' esatta esibizione del vero punto di vista o dell'oggetto della difesa, dalla posizione cioè di quel punto (*), intorno a cui si raggira la difesa, siccome a tesi che il difensore vuol provare colla sua argomentazione (1). Questa esibizione rende subito edotti i Giudici di ciò a cui deve rivolgersi la loro attenzione, addita loro il tema, a cui deve riferirsi in seguito ogni argomento che verrà proposto, agevola lo sguardo complessivo, desta l'interesse dei leggitori cui indirizza al giusto punto, e procura accesso negli animi a ragioni che altrimenti passerebbero inosservate. Buon gusto, e solerte esame del singolo caso insegneranno al difensore quale estensione egli debba dare a questa parte del suo discorso (2).

Nelle difese le quali si tengono in pubblico davanti ai giurati, la posizione dei punti di vista (*quæstiones*) è in un certo senso più importante che nelle scritture difensionali nel processo criminale tedesco, perchè principalmente nelle pubbliche trattazioni torna necessario fermare l' attenzione dei Giudici con ogni possibile mezzo, rivolgerla alle cose essenziali, e ciò tanto più importa trattandosi di giurati, siccome persone, le quali spesso per la natura delle solite loro occupazioni non sono avvezze ad una attenzione tesa e continuata per parecchie ore, ed hanno quindi d'uopo che si venga loro in ajuto. Egli è altresì difficile ai Giurati il cogliere il vero punto di vista, specialmente allorquando l' accusatore od il Procuratore Generale ne posero innanzi uno molto sfavorevole all'accusato.

I retori consigliano spesso ai difensori di non proporre questioni, ma bensì di guidare gli uditori per una serie di deduzioni, e di sorprenderli poi d'improvviso coi risultati. Codesto metodo poteva approvarsi nello stato dell'eloquenza forense degli antichi, la quale non era molto coscienziosa nella scelta dei mezzi, nè tendeva il più delle volte che ad ingannare gli uditori, laonde, ove l' accusatore avesse già guadagnato per sè

(*) I retori esigono spesso non solamente la proposizione del punto principale, ma anche l' esibizione del piano o della partizione, secondo la quale l' oratore vuole condurre la prova di quello (*partitio*). Ma ciò non è essenziale.

(1) Qui i retori parlano della *quæsio, propositio, partitio.* Vedi *Cic. de Invent.* I. 31 33. *Quinctil.* IV, 4. 5. *Blair* III, pag. 47. *Zachariæ* pag. 212.

(2) *Tittmann, Man.* III, p. 448. not. 1, biasima quei difensori che sogliono predire ciò di cui vogliono discutere.

il loro suffragio, il difensore non avrebbe più potuto far conto sull'attenzione dei Giudici uscendo subitamente colle proprie idee e con ciò che intendeva provare. Quando si tratti piuttosto di punti di vista giuridici che abbracciano tutta la causa, o di dimostrare che l'imputato non consumò veramente il reato, in questi casi si potrà anche oggidì omettere la posizione di quistioni in sul principio.

= Parecchie volte il difensore si acquista fiducia, se, non avendo che opporre a singoli capi dell' accusa, lo dichiari apertamente e dapprincipio, come per es. quando egli non può nulla eccepire contro il materiale del reato, o contro l'essere stato autore l'imputato, e pertanto si limita a combattere singole parti dell'accusa. In questi casi il difensore non parlerà delle parti dell'accusa, che egli non può combattere, ma stabilirà immantinente il punto di vista, al quale vuol rivolgere la difesa, e dichiarerà per es. che l' accusato agì, ma senza premeditazione. =

§ 97. *Esibizione del punto di vista.*

Il punto di vista che si vuole mettere innanzi viene sempre determinato dalla questione dalla cui soluzione dipende la decisione del caso (1), e 1. contiene quella tesi, che approvata ed accolta una volta dai giudici come vera, assolve subito la difesa, conducendo od alla rimozione totale di ogni pena, od all'applicazione d'una pena meno grave. Mentre cioè il difensore esprime dopo la narrazione il suo desiderio e il suo intento di raggiungere colla difesa un certo scopo, e di dimostrar quindi certe proposizioni dalla cui prova dipende l' applicazione della legge a favore dell' imputato, egli propone allo stesso tempo ciò che si assume di provare, (*Questio*) (2) sia 1. in forma di domanda (3) sia 2. in forma di tesi. In questo secondo caso la tesi può essere formulata (4) *a*) in modo positivo (5) oppure *b*) in modo negativo (6).

(1) *Zachariæ, Guida* § 66. *Wolters, sulle difese* § 26.

(2) Per es. il difensore prova che il reato non accadde, ovvero che l'imputato non può esserne l'autore, o che non gli può essere attribuito per la pena.

(3) Per es. se il fatto venne commesso davvero, se l'imputato è realmente l'autore.

(4) Non vi è regola invariabile intorno alla forma, che sia più opportuna La forma affermativa rende la causa più vivace e l' esposizione più aggradevole, perchè i motivi dell' asserzione vengono esibiti immediatamente, la negativa invece esige che prima si confuti, e poi si argomenti, cosicchè in fine si può ritornare di bel nuovo ad un' affermazione.

(5) Per es. il difensore mostra, che l' imputato agì in istato di lecita necessaria difesa.

(6) Per es. egli dimostra, che il fatto non può venire imputato all' accusato.

§ 98. *Regole intorno all'indagine del medesimo.*

Siccome il difensore deve proporre certe tesi fondamentali, che gli si presentano nel suo lavoro siccome i punti, ai quali farà ritorno ad ogni istante, e porsi chiaro davanti alla mente lo scopo che vuol raggiungere, così la *questio,* che egli mette innanzi, deve comprendere tutti i momenti della difesa, sicchè tutte le altre prove le si possano riferire, ed ammesso il contenuto di lei, anche lo scopo del difensore dicasi ottenuto.

1. Il difensore pertanto si domanderà sempre: da quali lati si appalesi per avventura una traccia di reità dell'accusato : qual punto di vista si proporrebbe il Giudice, dovendo decidere del caso? (1) Sventar questo, combattere l' incolpazione da quei lati, facendo partire da ciò la sua difesa, tale deve essere l'oggetto degli sforzi del difensore. Le domande che egli verrà proponendo in questo proposito a sè medesimo, saranno le stesse che il giudice decidente si propone, e quindi:

1. È da riputarsi l' imputato come vero colpevole (pei motivi che stanno negli atti)? E propriamente *a*), è stato debitamente provato il materiale del delitto? *b*) L' imputato è egli convinto per propria confessione od altre prove? *c*) La illegalità di sua azione è assicurata?

2. Quale pena sarebbe applicabile in conformità alla legge? *a*) Quale disposizione contiene il Codice sul caso presente? *b*) Riscontransi nel fatto tutti i caratteri prefiniti dalla legge? *c*) Di quale specie, e di quale grado di reato si tratta? *d*) Quale parte ebbe l' imputato nel delitto?. *e*) Quali cause mitiganti e quali aggravanti sembrano verificarsi?

Il difensore deve poi cercare di proporre sifattamente la *quœstio,* che tutte le ulteriori sue argomentazioni vi si possano ricondurre. Che se si considerano le specie delle difese, scorgesi che il loro scopo è sempre quello di mostrare, *A*) la perfetta innocenza, o *B*) la minore punibilità dell'imputato. Il primo scopo riesce al difensore, ove egli possa additare la mancanza di una condizione necessaria in generale all'inflizione della pena, e pertanto ove egli provi *a*) l'avverarsi di una nullità assoluta nel processo, o *b*) che non esiste alcuna azione delittuosa, o ne manca la certezza, o *c*) che quest' azione non porta i legali caratteri di delitto, o non è stabilito con certezza il materiale del delitto, o *d*) che l' imputato non è l' autore, oppure *e*) che la pena non può infliggersi

(1) Non pare che suggerir si possa migliore espediente al difensore di quello di porsi perfettamente nella condizione del giudice, e di domandare a sè stesso: di che si tratterebbe nel caso presente: dove trovisi una qualche traccia della reità? Quanti si presentano i lati in cui è possibile la reità e la pena, altrettanti sono i lati nei quali debbe venire in soccorso la difesa. Il difensore non deve porsi dinanzi la cosa come se fosse leggiera, ma all' incontro essere piuttosto difficile, che confidente.

§ 101. *Argomentazione* (*) (**).

Il difensore deve svolgere la tesi principale posta per la prima, dimostrare la sussistenza di tutte le condizioni spettanti alla prova della medesima ed alla giustificazione della domanda che in seguito sarà per fare. Adoperandosi egli a provare, che per ragioni giuridiche l'imputato non deve sopportare pena alcuna, o solamente una lieve, e riconoscendo che il sostener questo dipende dalla prova della tesi proposta (nella prima parte), deve con esatta esibizione di tutti gli argomenti opportuni, cercare di persuadere i giudici, che codesta tesi è vera, derivare tutte le conseguenze che ne emanano, onde poter poi fondare la sua proposta, o la sua domanda. L'argomentazione consiste pertanto nell'esibizione dei motivi conducenti alla prova legale della tesi principale ed alla difesa giuridica dell'imputato.

(*) Si danno casi, in cui il difensore già fin dal principio della sua esposizione, o meglio, prima di passare a questa, si vede costretto a premettere un'osservazione generale sull'intero processo. Vedi un caso di tal sorta con osservazioni assai opportune in *Kuppermann*, *Raccolta di scritture difensionali*, pag. 86. Tali casi sogliono avverarsi: *a*) quando od un pregiudizio, o qualche presunzione infondata esercitò un'essenziale influenza sul processo, oppure *b*) quando leghe, od intrighi, o particolari motivi di autorità furono causa che l'accusato rimase avviluppato in un processo. Vedi un esempio interessante in *Mejan*, *Recueil des causes célèbres*. Tomo V n. 1. *Affaire de la fille Salmon*.

(**) Del pari gli è sovente necessario di notare fin dapprincipio, prima di passare al punto principale, le mancanze che si incontrassero nel processo, le formalità violate, le azioni illecite del giudice, ecc. A dir vero si dovrebbero opporre cotali nullità laddove elle somministrano un capo di difesa, ma in parecchi casi il difensore s'accorge che le incorse nullità non infirmano tutto il processo, e quindi egli deve raccoglierle sul principio, senza offendere il tribunale, e in modo dignitoso e tranquillo. Se non che il difensore deve avvertire di non cercare la propria salvezza soltanto nell'opporre nullità, nè di richiamarsi a nullità anche nel caso in cui sia stata omessa qualche formalità non importante. Nuove viste sulle nullità vedi, quanto alle legislazioni, nel *Dir. crim. pruss.* §§ 21, 45, 170, 180, 287, 427, 428; nel codice bavar, parte II, art. 58, 181, 184, 244; quanto alla letteratura, nella mia *Diss. de nullitat. in caus. criminal.* Heidelb. 1808, *Groening*, *De eo quod justum est circa nullitat. judic. crim.* Goett. 1795 *Stübel*, *Proc. crim.* vol. 1, § 481 e seg. *Almendingen*, *Metafisica del proc. Civ.* Giessen vol. 1, n. 10. *Martin*, *Tratt. del proc. crim.* § 11 e 88 nota 14. Il mio *Processo pen. nei tribunali tedeschi* parte I, § 51. Il difensore deve sopratutto saper bene distinguere tra loro i concetti di nullità, irregolarità, e imperfezione. Secondo le sane viste adottate dalle nuove legislazioni la mancanza di qualche formalità prescritta non produce sempre nullità; ciò si verifica sol quando, considerato il rapporto sussistente tra la prescrizione

§ 102. *Parti dell'argomentazione.*

Se il difensore vuole raggiungere pienamente il suo scopo di svolgere la tesi fondamentale da lui proposta, egli deve 1. esibire tutti gli argomenti che stanno immediatamente in suo favore, pei quali si può condurre direttamente la difesa dell'imputato, 2. prevenire ogni contrario dubbio ed ogni obbiezione, togliere ogni contraddizione, e adoperarsi ad isventare ogni apparente controprova o contrario indizio (1). Così la deduzione ha sovente due parti: 1. allegazione degli argomenti immediatamente provanti, o dei mezzi diretti di difesa: 2. confutazione degli opposti. In questo proposito basterà osservare in generale le cose seguenti. (vedi sotto i § 117 e 118) 1. Riguardo alla separazione delle due parti, questa non debbe aver luogo in ogni caso. Spesse volte *a*) basta la sola

ommessa e la possibilità di raggiungere la certezza, si può stabilire che la violazione seguita ha nuociuto a quest'ultima. Spesso dalla mancanza di una formalità prescritta non consegue che una minore attendibilità della prova, senza che per altro l'atto sia nullo. 1. Se il difensore trova che a motivo delle nullità che egli vuol dimostrare, l'intero processo deve cadere, per es. perchè l'inquisizione fu condotta da un giudice legalmente incapace, o assolutamente incompetente, cotali nullità si dovranno porre dapprincipio, dacchè, ammesse che sieno, l'ulteriore difesa diventa inutile. 2. Se è possibile dimostrare che a motivo del gran numero di irregolarità e di violazioni della legge da parte dell'inquirente, questi ha tenuto un contegno pel quale la sua inquisizione non merita fiducia, vuolsi far cenno di ciò, e secondo le circostanze si può anche proporre che l'inquisizione sia annullata, e ne venga incaricato un altro giudice. 3. Invece, se in un singolo atto, per es. nel protocollo di sezione o in un esame dell'impuiato, fu commessa una violazione della legge che porta la nullità di esso atto, il difensore ne tratterà soltanto allorchè egli prenderà ad esame la prova emergente dal medesimo.

== La condotta del difensore nell'esibire le incorse nullità viene modificata nel processo orale *a*) in quanto l'inquisizione generale, e la principale sono profondamente distinte fra di loro, e la legge stabilisce la massima, che le nullità incorse nell'inquisizione generale, ove l'accusa sia ammessa, devono essere addotte dall'accusato all'aprimento delle trattazioni orali, mentre in caso contrario la nullità apparirebbe sanata dal suo silenzio, (*Code.* art. 297). *b*) Dannosi però eziandio nullità, le quali si riferiscono alla procedura intermedia fra la chiusura dell'inquisizione preliminare, e l'apertura delle trattazione principale, o che concernono gli atti preparatorj legali affinchè abbia luogo una retta trattazione, per es. se l'atto d'accusa, o la lista dei testimonii fu comunicata all'imputato più tardi di quello che la legge prescrive; codeste nullità devono essere fatte valere all'apertura della trattazione orale. ==

(1) Per es. il difensore dimostra che fu caso di necessaria difesa, e lo prova colle circostanze accessorie, e col mezzo di due testimoni, ma negli atti si trovano due altre circostanze contrarie, e un testimonio depone contro l'imputato. Il difensore deve procurare di distruggere questi contrarii argomenti e dimostrare che non possono indebolire il suo principale assunto.

deduzione, e colla dimostrazione di una circostanza di fatto che serve alla difesa appare dissipato ogni apparente fondamento dell'imputazione: p. es. se il difensore può dimostrare che l' imputato a cagione di lontananza dal luogo del delitto non potè esserne l'autore; *b*) sovente non pare abbisogni di più della confutazione degli indizii contrarii, e *c*) talvolta eziandio confutazione ed argomentazione ponno essere confuse tra loro, sicchè nella deduzione di ciascun argomento venga insieme ribattuto il contrario. 2. Riguardo all' ordine (se debbasi far precedere la deduzione o la confutazione), è più natural cosa lo stabilire dapprima una proposizione, e promuovere la convinzione della verità della medesima, e soltanto dopo che l'animo degli uditori sia abbastanza disposto a riconoscerne la verità, togliere i dubbj e sventare gli argomenti contrarii (1). 3. Assai di frequente il difensore non avrà che a confutare, perchè l'imputato non ha d'uopo di provare pel primo la sua innocenza (2), ma questa al contrario sussiste come certa e provata, ove appena siano ribattuti gli argomenti dell'imputazione che le sono contrarii (3).

§ 103. *Riguardi da aversi nell'argomentazione.*

Se il difensore riflette, che la sua deduzione si riferisce alla prova della verità e dell' importanza legale dell' assunto che egli si propose, e che egli deve con essa guidare i giudici nel decidere, e prepararne loro i materiali, fanno anche per lui quei riguardi intorno all' applicazione della pena ai quali i giudici sono astretti.

Il difensore deve tendere a persuadere i giudici a rigore di legge. E siccome la punizione dei reati non è altro che l'applicazione di una legge generale ai casi particolari, il difensore deve anzi tutto separare la quistione del fatto da quella del diritto. Egli scorgerà, che *A*). in quanto al *fatto* 1. occorre la sussistenza di certi elementi oggettivi, che costituiscono i caratteri del reato (4), e 2. l'assenza di altri elementi di fatto, i quali ove si verifichino, portano seco cessazione o diminuzione di pena (5). *B*). Quanto alla *legge*, deve sussistere una disposizione di legge ancor vigente, la quale sifattamente convenga al caso di cui si tratta, che le circostanze di fatto prestabilite le possano venire sottoposte (6). Che se il difensore

(1) Vedi *Gönner*, *Prat. giur.* § 98 e *Lawson* pag. 202.

(2) *Stübel*, *Proc. crim.* § 2280.

(3) In tutti i casi per es. in cui non istanno contro l' imputato che indizj remoti, ed esso nega d' essere l' autore, al difensore non resta che di combattere cotali indizj,

(4) Per es. la certezza del fatto, che deve presentare certi caratteri per essere qualificato a furto.

(5) Per es. la mancanza di motivi che tolgono l'imputabilità.

(6) Quando anche per es, il suicidio tentato fosse pienamente provato, se la legge positiva nulla stabilisse in questo caso, non vi si potrebbe applicare alcuna pena.

vuol mostrare che la legge non può essere applicata, o non del tutto, egli potrà giustificare questa asserzione sia *A*) esaminando i fatti, sia *B*) analizzando la legge. Nel primo rapporto la difesa può essere rivolta, a mostrare *a*) che elementi di fatto voluti dalla legge o in tutto o in parte sono mancanti (1), o *b*) che ne sussistono altri escludenti in tutto od in parte l'applicazione della pena (2). Riguardo alla legge, il difensore può mostrare, che non vi ha legge penale a cui si possa sottoporre il fatto imputato, o per lo meno che non torna in acconcio la disposizione di legge che gli si vorrebbe applicare.

§ 104. *Mezzi dell'argomentazione in generale.*

1. Trattandosi qui di fatti, i quali si devono mostrare esistenti o non esistenti, ed avendo i fatti giuridico effetto allora soltanto che siano provati, il difensore sventerà la prova dei fatti che appajono esistenti e che egli vuol dimostrare non provati, 2. e proverà dal suo canto tutti que' fatti che vuol produrre allo scopo di sua difesa. In questo modo egli non ha ad occuparsi che di prove, cui egli o adduce dà per sè, o confuta in altri.

2. Ma in quanto il difensore fa dipendere da questi fatti conseguenze, il cui valore deve essere giudicato a seconda della legge positiva, alla quale il giudice è vincolato, ma che dal difensore può venire sviluppata e spiegata, egli verrà analizzando la legge e svolgendola per additare le conseguenze che ne emanano a favore dell' imputato, data la prova di certi estremi di fatto, o data la mancanza di certi altri. Intanto appartiene anche al difensore l'interpretazione della legge.

§ 105. 1. *Deduzione di prova in particolare.*

Se il difensore si occupa dei fatti, e della prova dei medesimi, il suo assunto consiste in una deduzione di prova a favore dell' innocenza. E poichè questa deduzione o si riferisce a fatti i quali sono altrettante condizioni della piena punibilità, ed oggetti della prova di imputazione, (prova diretta di discolpa), o ad altre circostanze le quali, ove sussistano le ulteriori condizioni della applicazione della pena, escludono in tutto od in parte il diritto alla medesima, (prova indiretta di discolpa, vedi sopra § 66), così pure duplice del pari è il suo assunto. Nel primo caso, volendo il difensore mostrare il difetto delle condizioni generali della pena può dirsi abbia fatto abbastanza quando abbia provato non essersi fornita la

(1) Per es. il difensore dimostra che l' accusato non è l' autore.
(2) Per es. il difensore prova la demenza o l'ubbriachezza del suo difeso.

prova della reità (1), e sventata quindi questa prova (2) locchè avviene sia ch'egli 1. oppugni la credibilità stessa dei mezzi di prova, oppure 2. provi l'impossibilità o l'inverosomiglianza di quanto si diede per provato, oppure 3. opponga alla prova esibita una vera controprova diretta. (Vedi sopra § 67). = Una difficoltà insorge spesso pel difensore per ciò che i Procuratori di stato sogliono essere proclivi a pensare che al difensore incomba la prova dei fatti discolpanti (3), mentre più giusto si è che l'accusatore debba provare tutta la sua accusa, nel modo in cui la propone, e quindi tutti i fatti dalla cui ammissione dipende la verità della medesima (4). Peggiore ancora è per la difesa il costume dei moderni codici, di stabilire presunzioni di certi fatti in alcuni delitti, alle quali presunzioni l'accusatore si richiama, sicchè al difensore rimanga il penoso cômpito di combatterle con contrarie prove. In molti casi il difensore dimostrerà anzi tutto che il legislatore non ebbe la mira, di stabilire una presunzione di legge, ma soltanto di dare come *presumptio hominis* quanto suole accadere per consueto. = Nel secondo caso, dovendo il difensore mostrare la sussistenza di certi fatti, si accingerà egli stesso alla deduzione della prova secondo le regole della prova diretta (5). Egli cercherà col mezzo di prove naturali od artificiali (6) e secondo le regole generali probatorie, di fornire la prova dei fatti, e di raccoglierei nsieme tutte le prove sussistenti negli atti (7) che

(1) Vedi *Kleinschrod, Nell'Arch. di Dir. crim.* tomo IV, art. 3, pag. 67, § 14. *Sonnenfels, Sulla pluralità dei voti*, pag. 28. *Stübel, Proc. crim.* tom. III § 1314. Quanto alla controversia sul principio: *quilibet praesumitur bonus, donec probetur malus*, è una mera quistion di parole. *Bentham, Traité des preuves judiciaires*, vol. II, pag. 18-29. Il mio *proc. pen.* parte II, § 149. *Hartmann, De onere probandi.* Goett. 1844, pag. 37.

(2) Qualche prova contro l'accusato vi deve sempre essere negli atti, poichè altrimenti non si sarebbe aperta l'inquisizione speciale.

(3) Per es. nella falsificazione di monete, il fatto che l'autore non ebbe di mira il mettere in circolazione delle monete.

(4) Quando nella legge richiedesi pel delitto una certa qualità di persona, per es. che la ragazza violata abbia toccato il 14 anno, l'accusatore deve provare l'esistenza di tale qualità.

(5) Quanto a queste circostanze di fatto incumberà pure al difensore il carico della prova.

(6) Le nozioni generali relative alla teorica delle prove si devono presumere conosciute. Vedi specialmente *Globig, Saggio di una teorica della probabilità.* Ratisbona 1806, Parte II, e la letteratura relativa nel mio *proc. pen.* parte I, § 86 e parte II, § 187. Vedi la mia opera: *Teoria della prova nel proc. pen.* Darmstadt, 1845.

(7) Se la prova di queste circostanze di fatto al tempo in cui il difensore prende cognizione degli atti, non è sufficientemente ventilata, dovrà egli primieramente aver cura acciocchè sia completata (vedi sopra sezione IV); solo allorquando tal prova sia conforme agli atti, il difensore può derivarne i risultati.

vi si riferiscono onde ne sia fondata la convinzione del giudice. Così la deduzione del difensore può essere di due maniere:

1. od egli cerca di sventare la prova dei fatti che appoggiano l'imputazione per mostrare non sussistere reato alcuno, o non esserne autore l'impulato, oppure si adopera ad esporre nel lume più favorevole all'imputato quei fatti, la cui verità non può contestare, ed a far risaltare una sifatta indole dell' azione, o dell' autore, che ne risulti non esservi luogo a piena punizione; oppure,

2. il difensore cerca di fornire una prova separata di certi fatti (1), i quali quand'anche sussistano quelli che appoggiano l'imputazione, escludono tuttavia in tutto od in parte il diritto all'inflizione della pena (2).

In ambedue le maniere il difensore contrappone fatti alle disposizioni di legge, ed applica quest'ultima al caso attuale in modo favorevole all' imputato In questa deduzione della prova dell' innocenza, la quale tende a mostrare o la non esistenza di certi fatti, o la esistenza di certi altri, associandovi l'opportuna interpretazione delle leggi consiste la deduzione di prova spettante al difensore. = Nell'esame della prova, il difensore deve sempre avere presente alla mente la vera l'essenza della certezza (3), la quale soltanto permette ai giudici l' ammissione della reità, e quand'anche la legislazione non fornisca regole probatorie, egli deve esaminare le prove secondo le regole suggerite dalla ragione e dall'esperienza. Ricordisi in particolare il difensore, che allora soltanto può ammettersi certezza della reità, quando sia escluso ogni dubbio ragionevole in contrario, laonde la principale opera sua consiste nel dimostrare che esistono cotali motivi di dubbio (4). =

§ 106. 2. *Applicazione, ed interpretazione della legge.*

Un principale ufficio del difensore si riferisce alla legge (5) ed alle

(1) Questi modi di argomentare nella difesa stanno evidentemente in connessione col dovere del difensore di provvedere al completamento degli atti (vedi sopra sezione IV). Siccome egli fa in modo, che la prova di qualche circostanza, che tende a distruggere la prova dell' accusa, oppure somministra una vera prova di discolpa, emerga dagli atti stessi, così egli mette ora a profitto sotto questo duplice aspetto i materiali che stanno negli atti.

(2) Spesso questi due modi di sviluppare la difesa si incontrano insieme nella medesima difesa; per es. il difensore cerca prima di dimostrare che non è completamente constatato il fatto, e poi prova che sussistono cause escludenti o mitiganti la pena.

(3) = Alle opere citate nella nota 6. aggiungi ancora: Brugnoli della certezza. Modena 1846. — *Bost. On the law on evidence.* London. 1854. =

(4) — Saggiamente prescrive il Regol. proc. pen. austr. che il giudice allora soltanto deve trovar, colpevole, quando non abbia alcun dubbio in contrario (§ 260).

(5) La trascuranza di questo dovere produce due difetti che spesso si incontrano nei difensori: 1. di interpretare le leggi in modo opposto al vero

quistioni giuridiche intorno all'applicazione della medesima. Il suo assunto non è diverso da quello del giudice, il quale esamina il senso delle leggi e la volontà del Legislatore, e ne discute l'applicazione a certi fatti. Nel che voglionsi distinguere due momenti diversi: l'applicazione delle leggi, e la interpretazione loro (1). Nella prima si cerca, se una legge determinata possa essere applicata ad un dato caso, ovvero se questo caso possa essere sottoposto alla legge. E qui vi è luogo ad applicazione estensiva, o restrittiva (non già interpretazione). La seconda al contrario non è mai altro che un mezzo dell'applicazione, e consiste nell'investigare il senso annesso alle parole del legislatore. Le regole generali dell'interpretazione delle leggi (2) tornano acconce anche nel processo penale, ma con alcune peculiarità nascenti dalla natura di esso (3). Per conseguenza il difensore deve far uso di tutti i mezzi dell'interpretazione onde riconoscere il senso della legge della cui applicazione si tratta, e, poichè le parole non esprimono sempre con sufficiente chiarezza il significato voluto, desumere anche dallo studio dell'intenzione del legislatore il vero senso della legge, che spesso oltrepassa l'immediato significato della lettera, e secondo il medesimo applicarla. Nel mentre confronta i fatti colle leggi, il difensore verrà mostrando: *A*) che non si deve reputare applicabile la pena, perchè *a*) niuna espressa disposizione del Codice penale contempla quel dato fatto (4), o *b*) perchè l'intendimento e la ragione che mosse il Legislatore non si possono applicare

loro senso, e di storpiarle: 2. di far ragionamenti intorno alle leggi vigenti e di far pompa di tutta la possibile sapienza legislativa. *Kleinschrod, Nell'Archivio del dir. crim.* vol I, art. 3, n. 2, pag. 28. *Le Trosne, Discours sur l'etat actuel de la magistrature et sur les causes de sa décadence,* nella *Biblioth. philosoph.* tomo IV, pag. 121. *Rebmann, Sugli abusi dei pubblici difensori* nel Magazzino *pei magistrati di polizia giudiziaria,* vol. I art. 2, pag. 218.

(1) *Schröter, Manuale del dir. pen.* parte I, pag. 86. Il mio § 78 al *Tratt. di Feuerbach.*

(2) Vedi *C. Eckhard, Hermen. jur. cura C. Walch.* Lips. 1802. *Sammet, Ermeneutica del diritto.* Lipsia 1801. *Zachariä, Saggio di una ermeneutica generale, Meissen,* 1805. *Thibaut, Teoria della interpretazione logica,* Altona 1806. *Hufeland, Della derivazione delle disposizioni giuridiche dalle fonti del diritto,* nel suo *Manuale di Dir. civ.* parte I, n. 2. *Jordan, Dell'interpretazione delle leggi penali con special riguardo al diritto comune.* Landshut, 1818. *Wächter, Manuale* parte I, § 41. *Jarke, Manuale del dir. pen. com. ted.* I, pag. 301 *Bauer,* Sez. I, pag. 180. *Wächter, Nell' Arch. di Dir. crim.* 1844, n. 12.

(3) *Helie Théorie du Code pénal* I. pag. 58. Il mio art. *nell'Arch. di Dir. crim.* 1838 n. 4.

(4) Per es. per l'omessa denunzia di un delitto, o per aver tenuta nascosta la gravidanza e il parto, in quanto non si presentino in ciò altri aspetti criminosi.

al fatto, nemmeno per interpretazione estensiva (1), oppure: *B*) che le leggi la cui applicazione fu proposta per avventura dall'accusatore, o delle quali il difensore teme l'applicazione da parte dei giudici, e per cui il caso assumerebbe un aspetto troppo grave, non tornano in acconcio. Le regole che valgono per le deduzioni, sono qui pure decisive. *C*) Allorquando insorgono dubbiezze intorno al significato della legge, od all'applicabilità della medesima in generale, il difensore avvertirà che in tal caso seguesi l'intenzione del legislatore, accettando l'opinione meno sfavorevole all'accusato (2). Importantissimo è l'ufficio del difensore allorquando egli preveda che, in difetto di leggi esplicite applicabili al caso, si vorrà far ricorso all'analogia. Qui servirà a lui di scorta il tenore della disposizione del Codice penale intorno all'uso dell'analogia. (3) Che se in questo proposito il Codice nulla dispone, il difensore si opporrà fin dove potrà all'estensione delle leggi penali, specialmente quando veda che i giudici si richiamano allo spirito stesso della legge positiva (4) per punire un caso da questa non espressamente contemplato (5); ma egli impugnerà del pari la così detta analogia di legge, in quanto osservi che l'accusatore o il tribunale additano come analogo al caso in quistione un altro caso che al primo per nulla somiglia (6) (*). Altra cura del difensore sarà quella di opporsi allorquando da espressioni usate nei motivi della legge, da schiarimenti emanati da Commissarii governativi o da singoli membri del Ministero si vogliano dedurre norme obbligatorie pei Tribunali, di cui sia a farsi uso appunto nei casi a cui la legge penale

(1) Per es. se una legge considera l'incesto solo come un abuso del potere privato, e sotto il punto di vista della seduzione, la péna dell'incesto non può colpire il discendente, che fu sedotto. Vedi il mio scritto, *Dei difetti nel trattare il Dir. crim.* pag. 80.

(2) L. 42, *D. de poen.* l. 188. *D. de Reg. jur.* e 49 *de Reg. jur.* in 6.

(3) Ognun sa che in ciò sonvi dei cambiamenti nei nuovj Codici, per lo meno nelle espressioni.

(4) Chiamata spesso Analogia di diritto. *Wächter, nell'Arch. di Dir. crim.* 1844. pag. 426, 546.

(5) Ciò diventerebbe assai pericoloso specialmente nei reati politici.

(6) V. la mia opera *La legislazione penale nel suo progresso*, parte I, pag. 213.

(*) *Il cod. pen. austr.* 27 Maggio 1852. sembra escludere l'interpretazione per analogia, (Pat. di promulg. art. IV.) Però gli interpreti non sono di accordo nello stabilire i limiti di tale esclusione. (Vedi p. es. la *Memoria* del Prof. *Neubauer nel Magazzino di Haimerl per la scienza del diritto e dello stato* Vienna, fasc. 4. Tom. 15. ed Hye. *Illustr. al cod. pen. austr.* p. 100 ed. ted. È nota del resto la distinzione fra analogia di legge, ed analogia di diritto La prima consiste nello estendere una data legge a casi espessamente da lei non contemplati, la seconda nel desumere dallo spirito generale della legislazione la regola per giudicare di un caso che non ha relazione con alcuna legge in particolare. (G)

non provvede. Pei riguardi sovra esposti deve pure il difensore ammonire non essere il giudice investito del potere di applicare le cause aggravanti che il Codice determina solamente per certi reati ad altri casi per cui la legge non ne fa cenno. (1) Al contrario può sovente il difensore, nell'interesse del suo cliente, dimostrare applicabile una disposizione propizia all' imputato emanata per un altro caso bensì, ma che ha analogia col caso in quistione (2).

§ 107. *Argomentazione diretta contro i fatti contenuti nella prova d' incolpazione.*

Obbietti dell' argomentazione.

Esaminando anzi tutto i fatti, che spettano alla prova d'incolpazione e che furono legalmente provati dall' accusatore, il difensore riconoscerà essere in questo proposito suo assunto: 1. oppugnare la prova che si fosse fornita di tali fatti, oppure 2. di distruggerne affatto o scemarne la giuridica efficacia (3). I fatti che qui si incontrano sono propriamente gli oggetti della analisi probatoria del giudice, e le condizioni dell'inflizione della pena. 1. Esistenza rigorosamente provata, e 2. una certa natura dai medesimi danno loro il carattere di condizioni. Riferisconsi *A*) al fatto che costituisce il delitto, *B*) all' imputato come autore ed alla sua partecipazione al fatto, *C*) al delitto come tale, ed all'intenzione dell'autore (4). Si ricordi il difensore essere suo ufficio di far sì, *a*) che l' innocente non soffra alcuna pena, *b*) nè il colpevole una pena più grave di quella che si è meritata, mostrando quanto al primo punto l'assoluta mancanza

(1) Così vuole anche il legislatore del Würtemberg. Vedi *Wächter, Nell' Arch. del dir. crim.* pag. 849. = La teorica dell' interprelazione e dell'applicazione delle leggi penali fu molto rischiarata recentemente da opere teoriche, e da decisioni dei superiori tribunali. V. *Helie* nella *Revue de lègislation.* Paris. 1834. p. 106. *Teine, Tratt. del dir. crim. pruss.* pag. 136. *Dec. della Corte Suprema di Vienna*, *nella* Gerichtszeitung, 1851 pag. 160. *Hye Comment.* § 160, — *Haimerl, Magazzino del Dir.* XIII. p. 273. =

(2) Ciò può riuscire importante per es. per le circostanze mitiganti.

(3) Non è sempre possibile distruggere pienamente le prove contrarie; basta che si distrugga la certezza, quand'anche resti ancora una lontana verosimiglianza.

(4) Meritano speciale riguardo nella difesa le condizioni dell' applicazione della pena da parte del giudizio inquirente. Vedi sopra § 25. Poichè l' esistenza di queste condizioni si presume, pure la loro mancanza (per es. se il giudizio non era competente, o mancava il giudice o l' attuario) toglie fede agli atti processuali; sicchè il difensore baderà anche a ciò, e nei casi in cui egli osserva una mancanza, dovrà *A* farne menzione e talvolta anche provarla; e *B* del pari fare deduzioni sull' influenza che essa può avere, in quanto per es. importi nullità.

di fatti che siano di aggravio all' imputato, il che si ottiene, sventando la prova di quelli che per avventura si fossero addotti. (Vedi § 70), e quanto al secondo, cercando impedire che il fatto, l' autore, e il reato appajano al giudice di tal natura da giustificare la inflizione della pena totale, od inasprita (1).

§ 108. *Argomentazione relativa ai singoli oggetti.* A) *relativa al fatto.*

La esatta disamina di tutti i rispetti, pei quali il fatto, e per la sua esistenza e per la sua natura costituisce un reato e dà quindi luogo a pena, conduce il difensore od a provare: 1. che il fatto che si volle elevare a crimine non esiste affatto, al quale scopo *a*) egli ribatte le prove esibite (2). oppure *b*) ne mostra le impossibilità (3). o *c*) l'improbabilità (4); oppure 2. lo conduce a dimostrare che i caratteri dalla legge annessi ad un certo reato, mancano del tutto, che l' azione non cada sotto alcuna legge penale (5), nel che il difensore vien confrontando le disposizioni di legge, e lo spirito della medesima (6), coi fatti sussistenti, addita il difetto dei generali requisiti di qualunque crimine (§ 27) o di quelli in particolare del crimine che si vorrebbe riscontrare nel fatto in quistione (7). oppure 3. dimostra per lo meno, che singoli requisiti dell' esistenza di un crimine non si hanno, come p. es. *a*) l'esecuzione del reato, (8). *b*) il verificarsi degli estremi legali del materiale del crimine (9), sia che senza

(1) Per es. egli cerca di dimostrare che l'accusato non fu autore, ma appena complice, ovvero dimostra che non può ritenersi commesso omicidio, ma appena uccisione.

(2) Per es. il difensore dimostra che il materiale del reato non si può nel caso in discorso abbastanza constatare col mezzo di testimoni.

(3) Per es. nel caso di omicidio, quando il presunto ucciso vive ancora.

(4) Per es. nell' accusa di magia.

(5) Si ha spesso occasione di ciò dimostrare quando si deve difendere un inquisito per delitto di stato.

(6) Per es. gli scavatori di tesori sedotti da altri non sono considerati per truffatori nel *Cod. bav.* art. 265.

(7) Ciò è di un' importanza capitale. Il difensore deve sempre indagare cautamente quale specie di reato si potrebbe per avventura ravvisare nel fatto, per es. se un furto, o una truffa, od una sottrazione, e poscia prendere a disamina le circostanze di fatto di ognuno di questi reati, mostrando che non v' ha nè furto, nè truffa, ecc.

(8) Per es. egli mostra che non ha avuto alcuna conseguenza un reato nel cui concetto entra un determinato effetto.

(9) Per es. nell' infanticidio, che il bambino non visse dopo il parto, nell' uccisione, che non fuvvi alcuna ferita mortale. Un difensore, il quale nel crimine di uccisione, si attenesse all'antica pratica criminale, che, troppo spesso mossa dal desiderio di liberare delinquenti della pena ordinaria, si angustiava con una infinita distinzione di ferite, e per qualunque possibilità di guarigione, od influenza individuale, e per ogni abnormità di corpo parlava di lesioni fortuite, escludendo così il fatto d'uccisione, e volesse alle-

la loro esistenza non vi abbia nel fatto un delitto (1), sia che per la mancanza loro la legge la permetta la pena ordinaria (2), oppure 4. il difensore cerca di prevenire una decisione fondata sulla stima del reato, come fosse più grave di quello che è veramente (3).

gare difetti nel materiale del reato perciò che un medico gli disse, che mediante trapanamento avrebbesi potuto recare guarigione, etc. ovvero adducesse nullità, per ciò che, essendosi constatate ferite alla testa, siasi intralasciata la sezione del petto, o del ventre, un tal difensore non ha che a por mente alle prescrizioni dei moderni codici penali, i quali in sostanza convengono col cod. pen. bavar. art. 143 e 144. e II. parte, art. 144 dove si recidono simili controversie teoriche. Il difensore non dimenticherà mai, che nell'applicazione di tali prescrizioni voglionsi dividere le quistioni seguenti. 1. È sussistente in generale il materiale dell'uccisione? 2. In quanto l'azione può essere attribuita a colpa dell'agente? Vedi le dottrine di *Stübel, Del materiale dei reati*, *ed in ispecie dell' uccisione.* Vittemberg. 1805. — *Feuerbach.* Tratt. § 208 etc. *Grollmann.* Mass. § 258. *Tittmann.* Manuale. Vol. 11. § 186-189; e fra i scrittori di medicina giudiziaria. *Wildberg. Come debbansi giudicare le lesioni mortali.* Lipsia. 1810 — *Lietzau. Della mortalità delle lesioni.* Berlino. 1811. *Henke. Tratt. di medic. giudiz.* Berlino 1812. § 266-417. — *Henke, nel Nuovo Archivio del dir. crim.* Vol. 1. Fasc. 3. N. 18. Fasc. 4. N. 24. *Kausch, Sulle moderne teoriche* del dir. crim. e della medic. giudiz. *Züllichau.* 1818. *Mende. Tratt. compl.* di medic. giudiz. Parte 1. § 264-390. Il mio § 209. nel Tratt. di *Feuerbach.*

= La dottrina della mortalità delle lesioni fu ricondotta a sane massime specialmente nei tempi più recenti, grazie ai progressi della medicina giudiziaria, la quale insegnò essere errori parecchie anteriori dottrine. Egli è precipuo dovere del difensore quello di informarsi pienamente di questi progressi, e di combattere i pareri spesse volte superficiali dei medici. (V. in proposito miei cenni nella *Gerichtssaal*, 1858. Fasc. V. p. 321. — fasc. IX. p. 161). Vuolsi raccomandare al difensore austriaco in particolare lo studio della bene elaborata ordinanza del 28 gen. 1828 sulle ispezioni giudiziali dei cadaveri. Nella prova del materiale del reato sarà importante, che il difensore rivolga la sua difesa contro i periti, il cui voto è qui specialmente decisivo, addimostrando che le premesse tecniche sulle quali il voto si appoggia non sono punto sovrette dalle recenti indagini e dalle recenti esperienze, e che gli argomenti dedotti dalle esperienze sussistenti non provano, attesa la fallacia delle apparenze (locchè importa specialmente per riguardo ai crimini d'avvelenamento, nei quali le recenti ricerche additano l'erroneità delle antiche opinioni. V. mie osservazioni nell' *Arch. pel dir. pen. pruss.* Vol. 4 p. 433). La difesa deve seriamente opporsi in particolare all'orgoglio di tanti periti, i quali desiderano che i giudici accettino come retti i loro pareri incondizionatamente, mentre dietro una più sana dottrina, i pareri dei periti devono essere esaminati, e soltanto dopo questo esame riconosciuti come veri. (V. il mio scritto *Sulla condizione ed efficacia dei periti*, etc. p. 81).

(1) Per es. che *A* non morì di veleno.

(2) Per es. secondo i nuovi codici, se il bambino non è nato vitale.

(3) Per es. è provato che non vi è omicidio, ma solo uccisione; ovvero che non v'è furto qualificato, ma semplice.

§ 109. *B) In riguardo all'Autore.*

Quanto all'autore due cose vorrebbero essere provate dall'accusatore: 1) che egli abbia presa parte veramente al delitto: 2) la qualità della sua partecipazione. Pertanto il difensore 1) o verrà mostrando che l'imputato si mantenne affatto straniero al fatto, 2) oppure mostrerà che egli non ne fu il promotore nè fisico, nè morale, o 3) che per la sua lontana partecipazione non può essere punito del tutto, o non lo può che lievemente. Ai quali scopi, (e specialmente quanto al punto 1.) il difensore si adoprerà ad isventare le prove prodotte, sia combattendo la credibilità dei mezzi di prova in sè stessi (§ 69), sia opponendosi alle conseguenze che se ne vogliono dedurre a pregiudizio dell'imputato, sia finalmente dimostrando l'impossibilità (1), o l'inverosimiglianza (2) che l'imputato sia stato l'autore. — Quanto al secondo punto, esso non consiste solamente nel distruggere la prova dei fatti, ma piuttosto in una analisi del concetto e delle parole della legge, mettendo in chiaro, che pel tenore di essa certi fatti sono propriamente caratteri distintivi di un ausiliario, o di un favoreggiatore (3). Poscia il difensore verrà determinando davvicino l'indole della partecipazione al delitto, tenendo lontana una decisione che avesse a riscontrare nel fatto una specie di partecipazione soggetta a più grave pena (4).

§. 110. *C) In riguardo al dolo.*

In questo proposito il difensore non ha a ribattere mezzi naturali di prova, ed all'infuori del raro caso che egli voglia oppugnare la confessione stessa dell' imputato, non vedesi mai dinanzi altro che prove artificiali, e propriamente *A*) o la presunzione della pravità d' intenzione accolta da alcune legislazioni, oppure *B*) indizii, e circostanze accessorie che pajono additare l'esistenza di quella. Poichè l'anzidetta presunzione non è mai stabilita nelle legislazioni in modo sì incondizionato (5),

(1) Per es. perchè al tempo del fatto egli si trovava in tutt' altro luogo. Vedi il caso nella Raccolta di Kuppermann n. 2.

(2) Per es. perchè l'accusato non aveva il minimo interesse al fatto, o fors'anche vi aveva un interesse contrario.

(3) Per es. è dubbio se l' agente sia correo o complice; si farà in tal caso fondamento sulla prova, che colui al cui reato l'accusato si è unito, era già prima del suo intervento determinato a commetterlo.

(4) Per es. avuto riguardo al modo di agire dell'accusato, che egli non fu complice principale, ma appena complice secondario.

(5) Vedi intorno a ciò sopra § 44.

che venga esclusa ogni prova in contrario, rimane libero al difensore il dimostrare per lo meno la non applicabilità della medesima, al qual uopo egli 1. o spiega il fatto stesso, come accadde, e convalida di prove questa spiegazione (1), oppure 2. dalle generali presunzioni dell'innocenza deduce che il reo proposito non può essere attribuito all'impulato (2), oppure 3. dimostra l'improbabilità della stessa prava intenzione, derivandola dall'assieme delle circostanze precedenti, concomitanti, e susseguenti (3). La posizione dei motivi su cui si appoggia questa dimostrazione, e la deduzione di essa possono variare. Non sarà fuori di proposito che il difensore, trovando i giudici molto affezionati a tale presunzione, richiami la fallacia di lei, additi quanto poco si fondi nei principii giuridici universali, e, quando una data legislazione la ammetta, egli verrà pur svolgendo la vera sua natura ed i limiti dentro ai quali vuol essere ricevuta, ed ammonirà i giudici del favore che vuolsi accordare ad una prova in contrario, in cui basterebbe eziandio che si mettesse in luce la sola probabilità di una spiegazione diversa; poscia egli proporrà nel debito ordine le singole presunzioni contrarie, e per ognuna di esse metterà innanzi i fatti, farà richiamo a prove sussistenti, e ne dedurrà le opportune conseguenze, oppure stabilirà certe tesi generali, le quali, (4) ammesse che siano, rendono evidente il difetto di prava intenzione, e quindi, considerando le tesi per ammesse, mostrerà che i principii in esse contenuti tornano applicabili all'imputato, o finalmente, dopo avere narrata ancora una volta concisamente ed opportunamente la vera natura del fatto, farà che risalti chiaro da sè il difetto di prava intenzione, analizzando il fatto, ed accostandolo alle disposizioni di legge. Nell' istesso modo egli si farà a dimostrare eziandio che la prava intenzione, quand'anche abbia esistito, non fu però rivolta alle conseguenze avveratesi (§ 45. fu sup.)

§ 111. II. *Argomentazione probatoria speciale.*

In tutti i casi in cui il difensore voglia provare egli stesso l'esistenza di certi fatti, egli verrà esaminando le prove fornite, collocandosi nei

(1) Se egli per es. dimostra col mezzo di testimonj, che fu caso della necessaria difesa, su di che vedi più sotto il § 112.

(2) Adducendo la buona condotta, il rapporto d' amicizia in cui stava il presunto agente coll'interfetto, la mancanza nel primo di qualsiasi supponibile interesse che potesse spingerlo all'omicidio.

(3) Per es. se alcuni testimoni videro l'autore che prima del fatto andava a caccia tranquillo e sereno, se questi ivi colpì un uomo a lui sconosciuto in una macchia, se subito dopo il fatto corse a lui, tutto adoperò per salvarlo e diede segni indubbii di rammarico.

(4) Per es. la considerazione che nessuno diventa delinquente d' un tratto senza ragione.

panni del Giudice, ed accertandosi così dell'efficacia delle medesime. Pertanto 1) egli non isceglierà che mezzi legali di prova, 2) avrà cura che questi si presentino sotto l'aspetto più atto a persuadere, e 3) cercherà di esibirli nel debito numero. Egli non deve dimenticare però trattarsi qui per consueto della prova di fatti, i quali non sono nè semplici, nè tali che non abbisognino per essere provati che di due testimonii, ma all' incontro la prova del fatto principale desumersi soltanto da molti piccoli accidenti, i quali appajono quali caratteri e condizioni del primo, sicchè anche la prova di quelli incombe al difensore, ogni qualvolta con questo solo mezzo egli possa legalmente confermare il fondamento della sua difesa. (1) Egli è pertanto compito del difensore quello 1) di scrutare pienamente quei contrassegni del fatto principale, deducendoli sia *a*) dalla legge, sia *b*) dall'esperienza, o *c*) dalla scienza (2); 2) la prova deve quindi rivolgersi ad ognuno di essi; 3) il difensore cercherà in seguito di connettere i risultati della condotta prova, dimostrandone l'importanza ed il valore, e 4) di derivarne conseguenze corrispondenti alla legge.

§. 112. *a*) *all'oggetto di provare la totale impunibilità.*

Si accenna in questo proposito a fatti, i quali, benchè sia stato provato il fatto principale ed il suo autore, in modo che il difensore nulla possa eccepire in contrario, escludono tuttavia il diritto di punire. Fanno a tal uopo le cause speciali escludenti l' imputabilità (vedi sopra §. 29). Il difensore cerca di provare in questi casi *A*) l'esistenza di un dato fatto (3), e *B*) la efficacia legale del medesimo ad escludere l' imputazione. — Quanto al secondo punto conviene spesso una apposita argomentazione, sia che manchi una legge positiva, sia che la legge esistente non parli che in generale d' una certa classe di reati, alla quale il tenore e lo spirito della prima vogliono tuttavia che un dato caso particolare venga sottoposto (4). Il difensore deve fornire prove in relazione all' esistenza del fatto stesso, e quindi 1) indagare i generali caratteri, che o la legge, o l' esperienza, o la scienza danno a condizione di tale esi-

(1) Segnatamente nella prova della necessaria difesa.

(2) Così, per es. dovendosi fornire le prova della pazzia, si porranno dinanzi le azioni nelle quali ella si manifesta.

(3) Questa prova sovente non incontra difficoltà, come per es. nel caso d'infanzia del delinquente. Tuttavia il difensore deve molte volte andar più innanzi, e prevenire ogni possibile conseguenza dannosa. Vedi una difesa interessante in *Stengel: Trattati legali.* Vol. I, pag. 219.

(4) Per es. il difensore può sostenere che il Cod. bavar. art. 121 n 9. dichiarando non punibile un fatto intrapreso in istato di smarrimento di sensi o d'intelletto, va compreso in questa disposizione eziandio ciò che si fa durante assopimento.

stenza, e 2) provare ciascuno di questi caratteri, sia *A*) con mezzi naturali di prova, sia *B*) artificialmente, mediante argomentazioni e presunzioni. Assai acconcio torna di frequente far precedere osservazioni generali sulla natura dello *stato* da provarsi, per esempio, sulle difficoltà della prova, su alcune regole di precauzione nel decidere. (1) I singoli caratteri dello *stato*, la cui esistenza il difensore vuol dimostrare, possono mettersi innanzi uno dopo l'altro come altrettante tesi da provare. Secondo lo stesso ordine tien dietro la prova di ogni singolo carattere, o coll' addurre mezzi naturali di prova, o colla bene ideata combinazione delle circostanze accessorie, da cui vengono dedotte conclusioni o presunzioni. Se dopo questa dimostrazione il difensore fa un riassunto delle cose provate in modo di rappresentarle in un' acconcia connessione, egli potrà quindi facilmente *A*) dedurre conseguenze dai fatti provati secondo la natura delle cose, (2) e *B*) mostrare come *a*) la legge positiva riconosca tali conseguenze, e come *b*) ogni esigenza della legge sia stata debitamente soddisfatta. (3) Un particolare indirizzo assume spesso la difesa nei casi, in cui i periti contestino l' esistenza della perturbazione mentale, e quindi il difensore debba adoperarsi a convincere il giudice intorno alla medesima, combattendo le scientifiche premesse o i dati esperimentali su cui fecero appoggio i periti, o additando la debolezza delle ragioni del loro parere, o mostrando aver essi lasciati inavvertiti, oppure non debitamente apprezzati, importanti fatti i quali stanno per la reale sussistenza di quella perturbazione.

= In relazione all'affermazione di sussistente perturbazione mentale, il difensore deve por mente a due circostanze che sovente si verificano. L' una si è che i Procuratori di stato, ed i Presidenti sogliono far richiamo a presunzioni di legge intorno alla sussistenza di mentale perturbazione; l' altra si è, che i periti sogliono arrogarsi il diritto di pronunciare irrevocabilmente intorno alla sussistenza o meno della imputabilità, asserzione questa che vuol essere combattuta siccome infondata, perchè ufficio dei periti è piuttosto quello di esprimere la loro opinione intorno alle condizioni di fatto, mentre il decidere intorno all'imputabilità spetta mai sempre ai giudici (od ai giurati). =

(1) Ciò è importantissimo nel dimostrare la demenza, ecc. Vedi scritture difensionali di questo genere nella *Raccolta di Kuppermann* n. 1 e n. 7. pag. 180. Nel n. 7 per altro è evidentemente troppo lungo l'esordio. Vedi a pag. 197 le ragioni con cui il difensore cercò di provare la malinconia.

(2) Mostrando per es. che l'imbecillità in generale toglie necessariamente l' imputabilità. Ciò può tornare di una particolare importanza nella così detta *mania senza delirio*.

(3) Egli dimostra coll'esegesi delle parole della legge, che si hanno nel fatto tutti i caratteri necessarii.

§ 113. *b) all'oggetto di provare la minore punibilità.*

Affatto simile all'argomentazione intorno ai punti sopra addotti sarà pur quella intorno all'esistenza di fatti, i quali appajono *A*) sia generali, sia *B*) speciali motivi di mitigazione (§ 47 sup.), oppure *C*) nella commisurazione della pena reclamano l' applicazione del minimo grado di essa, o che si discenda persino al dissotto di questo grado. (§ 48. sup.) Anche qui il difensore avrà riguardo 1) alla esistenza dei fatti, e 2) alla legale efficacia dei medesimi. *Ad* 1. egli *a*) esibirà completamente i caratteri che la legge e la scienza e l'esperienza propongono, e *b*) applicherà le prove naturali ed artificiali alla sussistenza di ognuno di questi caratteri. *Ad* 2. egli addurrà la legge, fermerà che *a*) secondo la legge il fatto proposto contiene una causa mitigante, e che *b*) i singoli caratteri del fatto stesso concordano pienamente con quelli dalla legge prestabiliti, e *c*) verrà calcolando egli stesso di quanto dovrebbe abbassarsi la pena in base a tali ragioni.

§ 114. *Regole generali intorno alla collocazione degli argomenti.*

1. Domandansi soventi i rettori in qual ordine debbansi esporre, gli argomenti probatorii (1), ma egli è al certo cosa difficile dare in proposito una regola generale. Al metodo di proporre dapprima gli argomenti più forti, e dappoi i meno forti, si oppose che ciò che si dice per ultimo lascia sempre una maggiore impressione, mentre d'altra parte si oppose al metodo contrario che, adducendo da principio le ragioni meno forti, si destano facilmente negli spettatori sfavorevoli prevenzioni. Pertanto sembra che, tenendo una via di mezzo, il metodo migliore sia quello di collocare le più forti ragioni a principio ed in fine, lasciando le più deboli nel mezzo (2). Il difensore collocherà assai opportunamente in principio un argomento capitale che ferma subito l' attenzione, ed in fine quegli argomenti che lasciano una durevole impressione. 2) All'incontro deve guardarsi il difensore dal proporre troppi e superfiui argomenti o troppo estesamente, perchè la memoria ne resterebbe sopraccaricata, il subbietto ne andrebbe sminuzzato, e l'interesse eccitato dai pochi argomenti forti e convincenti si perderebbe, sottentrando la svogliatezza. 3) L'ar-

(1) Vedi *Quinctil.* V, 12. *Lawson*, Parte I, pag. 198. *Blair*, Parte III, pag. 96.

(2) È facile vedere che la questione è più importante relativamente alle difese orali; in queste è di somma rilevanza l' ultima impressione fatta per es. sui giurati prima che passino a decidere. Vedi buone osservazioni anche in *Delamalle. Saggio* II, pag. 237-246.

gomentazione fa molta impressione, quando il difensore dopo aver data la prova de'singoli fatti, e dei loro caratteri, vi congiunga le presunzioni che si prestano a completare la prova, e ne deduca le conseguenze che si possono a favore dell'imputato (1). 4) Gli argomenti probatorii vengano recati innanzi in quell' ordine istesso in cui furono prodotti i singoli caratteri da provarsi (2). 5) Nella produzione degli argomenti il difensore non deve attenersi strettamente ad una forma unica, ma piuttosto cambiarla. Così talora egli può cominciare col pronunziato della legge, confrontare con esso i singoli fatti, e dedurne le conseguenze, oppure egli può fermare anzi tutto i fatti, provarli, e poi addurre le leggi, a cui vanno sottoposti 6). Si danno in particolare due diversi metodi di argomentare. O il difensore non addita preventivamente il cammino che vorrà percorrere, oppure ferma solamente quelle conclusioni che egli ritiene complessivamente efficaci ad ottenere un dato scopo, e per mezzo di queste conclusioni composte ad arte trae seco i lettori o gli spettatori come stretti ad una catena di deduzioni. Nel secondo metodo il difensore comincierà da certe tesi generali, si appellerà talvolta all'esperienza universale, ed al buon senso de'suoi spettatori, farà succedere una tesi all'altra, avvicinandosi così gradatamente alla sua meta. Di mano in mano che queste tesi gli vengono ammesse, il difensore si andrà appressando al caso in quistione, ed in fine, accostando i singoli fatti alle generali verità, egli ne trarrà le debite conseguenze in conformità alle leggi. Questo andamento conviene specialmente allorquando si tratti di avviluppati argomenti giuridici, e corrisponde ottimamente all'indole delle difese scritte, destinate a soli giudici giurisperiti.

= § 115. *Delle difese in accuse di delitti politici.*

Non sarà del tutto inutile il far notare intorno alle difese per delitti politici alcuni errori che sogliono commettere difensori anche valenti. Essi attaccano l'accusa con grande energia, e le vanno supponendo sempre tristi motivi. Un tale contegno per sè disdicevole è eziandio imprudente, perchè suscita di leggieri nell'animo dei giudici una disposizione sfavorevole a ricevere l' impressione della difesa. Del pari vuolsi sconsigliare dai costume di biasimare le condizioni politiche attuali, ed il vigente ordine di cose, trovando nella imperfezione loro una giustificazione pel delitto, e qualificando persino di lecita resistenza l'opposizione all'autorità pubblica. Quanto più pacato, decoroso, e fedele alla legalità si conserva il difensore, anche allorquando il Procuratore di Stato nella violenza del suo dire non si mostra troppo fedele sostenitore della giustizia, ma piuttosto

(1) Per es. nella prova della necessaria difesa.

(2) Quindi nelle scritture difensionali il contraddistinguere le varie proposizioni con numeri, e l'attenersi poi a questi numeri fa sì che le prime molto più facilmente si rilevino.

uomo di parte, tanto più certo sarà l'esito della difesa. Ma non per questo il difensore deporrà quella energia, e quella franchezza d' animo, le quali sono indispensabili nelle accuse di delitti politici, onde respingere pericolosi assalti della Procura di Stato, ed asserzioni sfavorevoli sul conto dell'imputato. Inevitabile torna spesso in questi processi una acconcia analisi della legge, onde descrivere i sottili e delicati confini che esistono fra i leciti movimenti della libertà individuale, e la violazione del diritto, ed onde proteggere più che sia possibile la prima. Giova assaissimo altresì additare i rapporti fra i quali l'accusato agì, ed i quali cagionarono forse in lui una coazione morale, o le condizioni, le quali diedero luogo in lui ad un errore di diritto intorno alla lecitezza di sua azione, ponendo in pari tempo in risalto quei tratti del suo carattere, i quali dimostrano che egli potè bensì errare, ma non fu già mosso da indegni motivi. Nelle accuse politiche il difensore si troverà spesso nella situazione di impugnare la credibilità dei testimonii dell'imputazione, additando in essi la sinistra influenza dello spirito di parte (1). =

§ 116. *Argomentazione nelle difese fatte nei pubblici dibattimenti, segnatamente davanti ad un giudizio di giurati.*

Giusta le osservazioni superiormente fatte sulle decisioni in base a discussioni orali susseguite ad un atto accusa, il discorso di difesa ha lo stesso contenuto del libello di difesa, e deve essere diversamente ordinato secondochè il difensore possa provare la perfetta innocenza dell'imputato, o la minore sua punibilità. Nel processo accusatorio orale la difesa riceve ancor più particolarmente il suo indirizzo dalla precorsa formale accusa, e dalla cognizione determinata che il difensore ha dell' assalto contro cui deve difendere l'accusato, se pur l'accusa designò l'imputato come autore di qualche delitto, e sviluppò le prove sulle quali ella si appoggia. Pertanto la difesa ha raggiunto il suo scopo, allorquando riesca a dimostrare l'imputato innocente del delitto intorno a cui versò l'accusa, ed a sventare quelle prove, asserzioni, ed argomentazioni delle quali fece uso l'accusatore. Se il difensore deve parlare davanti ad un giudizio di Giurati, gli servirà di scorta il riguardo che i Giurati vogliono essere anch'essi debitamente e rettamente persuasi della reità dell'accusato, sicchè l'opera del difensore consiste anche in faccia a loro nell' abbattere le prove dell'accusatore dietro le regole probatorie razionali. La legge (2) domanda ai Giurati che pronuncino

(1) Le passioni politiche rendono sospette le testimonianze delle persone di un partito contro quello di un altro, specialmente se le prime appartenevano dapprima al partito delle seconde, cui poscia abbandonarono.

(2) *Code d' instruction*, art. 342.

un giudizio conforme allo stato delle prove, essa vuole bensì la loro persuasione, ma le regole e le vie per le quali questa si acquista sono sempre fondate nella natura delle cose, e tali, che debbano seguirle anche giudici giurisperiti, colla sola differenza, che a questi ultimi la legge prescrive certi limiti, ed ordina di conformare la loro persuasione alle sue prescrizioni. Quanto poco sia fondata la opinione d'alcuni, i quali ritengono incompatibile coll'indole del Giury un giudizio conforme alle prove, si fa manifesto dalla considerazione del Giury in uso fra Inglesi, Scozzesi, e Nord-Americani, il quale è vincolato alla *law of evidence*, e vi è rimesso ogni volta dal Giudice (1). Se per verità il legislatore Francese non comprese troppo chiaramente l'indole del Giury, e colla sua *Instruction* espose i Giurati al pericolo di non pochi errori (2), vuol però essere riconosciuto in massima, che anche il Giury francese debbe scrupolosamente ponderare le prove, e pronunciare la sua decisione dietro le costanti regole della ragione, e non già dietro vaghi sentimenti. (3).

Se pertanto il difensore vuol persuadere i Giurati d'un risultato favorevole all'imputato, egli deve conservarsi fedele alle regole della prova, ed analizzando le prove contrarie, dimostrare i giurati l' infondatezza loro, nel che si condurrà nel modo stesso in cui un difensore che discorre al cospetto di giudici giureconsulti (4), ed i rispetti superiormente esibiti scorgeranno lui pure; tutto ciò per esempio che si ragiona contro l' attendibilità della attestazione del correo, e d' un singolo testimonio, o contro la prova artificiale in una difesa destinata a Giudici giureconsulti, si potrà proporlo anche ai Giurati, per istruirli del vero stato delle prove, e dell'efficacia delle medesime a generare la persuasione. Per verità i modi nei quali si argomenta davanti a Giudici edotti del diritto, soliti all'esame delle prove, e impratichiti delle regole relative, non saranno tutti applicabili ai Giurati. Questi non conoscono affatto, o non conoscono chiaramente (5) le regole delle prove, laonde il difensore

(1) I numerosi scritti pubblicati in Inghilterra ed in America sulla *law of evidence*, fra cui l' eccellente opera recentissima: *A treatise on the law of evidence by Greenleaf*. Vol. 2, Boston 1844, mostrano che i giurati ivi si dirigono secondo certe regole di prova.

(2) V. *Asser, Coup. d'œil sur quelques principes essentiels du droit criminel*. Bruxelles 1828 pag. 72.

(3) *Feuerbach, Considerazioni sulla pubblicità*, Parte II, pag. 455. Il mio *Proc. pen.* Parte II, pag. 416.

(4) Certamente si avrebbe minore occasione di lamentare la falsa eloquenza dei difensori innanzi ai Giurì, i loro ragionamenti spesso malfondati, come anche le erronee decisioni dei Giurati, se i difensori si lasciassero guidare di più da queste regole, e non credessero che alla coscienza dei giurati si possa proporre tutto ciò che appena può sostenersi con sofismi ed inganni, declamazioni e citazioni.

(5) Chi non è pratico di casi giudiziali dà per es. facilmente molto valore alla testimonianza del correo.

deve esporre ad essi queste regole, cercando di convincerli della loro giustezza, e di preservarli dalla fallacia di alcune prove apparentemente buone (1), parlando sempre in modo di ottenere pronto accesso nell'animo loro. Non è qui il caso di richiamarsi ad autorità, od a passi di legge; si dovranno in quella vece additare intime ragioni e addurre dati dell'esperienza. Non dimentichi il difensore che ai Giurati appajono sovente siccome gravi indizj leggiere circostanze, cui trascura invece un Giudice giureconsulto (2). Egli deve opporsi a tale apparenza, ricordandosi in pari tempo che vi hanno motivi molto efficaci a produrre la persuasione dell' innocenza di una persona presso i Giurati i quali giudicano di un caso secondo il consueto andamento delle cose e delle umane vicende (3). Mostrare l'esistenza e l'importanza di tali motivi (4), ed acconciamente applicarli al caso è ufficio del difensore, il quale deve eziandio riflettere che l'indirizzo della sua difesa è determinato dall'indole dell'attacco dell'accusatore (5): sicchè dove l'accusatore col mezzo di ardite argomentazioni, e di osservazioni (6) particolarmente atte ad agire sull'animo dei Giurati, abbia cercato di persuader questi della verità dell'accusa, il difensore deve sforzarsi di sventare l'effetto di tali asserzioni, adoperandosi a suscitare negli animi una disposizione favorevole all'accusato.

§ 117. *Confutazione. Sua necessità.*

Come una delle parti dell' argomentazione accennano i retori la confutazione (*refutatio*): detta solitamente (7) prova della falsità di ciò che altri afferma. Quanto importante fu questa parte del dire nella rettorica dell'antichità, allorquando l'oratore si vedeva dinanzi un accusatore che proponeva pubblicamente i capi d' accusa e metteva quindi il difensore nella necessità di dimostrare la falsità dei medesimi con diretta confutazione, altrettanto ella è poco essenziale al presente nelle difese che si fanno nel processo inquisitorio tedesco (8) Nel processo tedesco niuno vi ha che affermi positivamente qualche cosa e che vada proponendo contro l'accusato insieme raccolti gli argomenti di sua reità, vincolando alla proposta accusa il giudice, e determinando con essa l'op-

(1) Per es. confessioni stragiudiciali.

(2) Per es. la fuga dell' accusato.

(3) Per es. la buona condotta dell' accusato al quale non si può attribuire il reato.

(4) Per es. la mancanza di ogni causa impellente al delitto.

(5) In ciò sta uno dei due vantaggi del difensore nel processo accusatorio.

(6) Per es. intorno al materiale del reato nell' avvelenamento.

(7) *Cicero de Invent.* I, 78-96. *Quinctil*, V, 13. *Blair*, *Lezioni* Parte III, pag. 18.

(8) Laddove un pubblico accusatore propone i punti d'accusa e tutela i diritti dello Stato, la confutazione ha maggiore importanza.

posizione del difensore. (1) In tal processo il difensore non ha a confutare direttamente le asserzioni di alcun immediato avversario. Siccome però nel processo penale alemanno il difensore ha per lo meno dinanzi a sè gli atti contenenti i fondamenti dell'incolpazione, ed in qualche modo l' imputato è tuttavia dichiarato autore di un delitto, e sono esibiti gli argomenti che appoggiar possono l'incriminazione, e di cui può darsi che il giudice faccia troppo conto, così il difensore alemanno deve porsi nei panni dei Giudici decidenti, domandare a sè stesso da quali circostanze potrebbero eglino dedurre argomenti d'imputazione, e adoperarsi a ribattere i medesimi, mettendo innanzi il difetto di prova o l'inefficacia di essi. Anche nella prova di discolpa indiretta, se il difensore ha stanziate proprie tesi determinate, può tornare in acconcio la confutazione di tutti quegli argomenti, i quali appajono avversare le sue asserzioni ed opporsi alla sua argomentazione e pertanto vogliono essere respinti come nulla provanti, o come non influenti, onde la importanza degli argomenti della difesa risulti più in chiara, e colpisca i giudici (2).

§. 118. *Argomenti della confutazione.*

Poichè lo scopo della confutazione consiste nel dimostrare falso ed incredibile ciò che si vuol confutare, così il difensore 1. deve sapere anzi tutto quali cose siano da confutare, e 2. poscia esaminare su di che riposi la credibilità di esse. Nel primo riguardo è dovere del difensore di tutto diligentemente raccogliere che appena, (benchè lontanamente) potrebbe deporre contro l'imputato, sia che si riferisca *a*) all' essere questi l' autore, o *b*) alla peculiare indole delittuosa del fatto, oppure *c*) alla pravità d' intenzione. Quanti argomenti si riscontrano in questi punti, altrettanti devono essere confutati. Nel secondo riguardo non è più necessario oggidì nella difesa come lo è in altre specie di discorsi, e come lo fu per gli oratori giudiziari dell'antichità, i quali adoperavansi a commuovere le passioni, l'indagare anzi tutto l'origine della forza degli argomenti avversarii, desumendola da circostanze esteriori, come per esempio dall' influenza d' un potente avversario. Al

(1) In ciò sta appunto un difetto capitale del nostro processo germanico, pel quale l'inquirente è insieme accusatore e giudice, e non si offre mai all'accusato l' occasione di fare una completa difesa. Vedi la dimostrazione da me data nell'*Arch, di Dir. crim.* 1842, pag. 488.

(2) Si potrebbe per avventura assai bene rassomigliare questa confutazione che si fa nella scrittura difensionale a quella parte della relazione che contiene i motivi di dubbio. Come il relatore nota e combatte ogni obiezione che potrebbe elevarsi contro la sua opinione, onde giustificarla, sempre più, così il difensore cerca di combattere ogni obbiezione ed ogni apparente ragione contraria.

presente quella forza non può consistere che nella prova fornita, sia a) in una prova naturale, per esempio nelle deposizioni dei testimonii, oppure b) in una prova artificiale, quale sono gli indizii. Ora poichè sopra si è dimostrato che 1) il difensore deve mostrare la non esistenza di certi fatti che sono condizione dell'inflizione della pena, od abbattere la prova dei medesimi, oppure 2) provare egli stesso l' esistenza di altri fatti che tolgono in tutto o in parte il diritto alla pena, così anche la confutazione avrà luogo in questi due sensi. Ma siccome quanto al primo punto la non esistenza, deve essere mostrata collo sventare i fondamenti dell'imputazione (§ 104 e 105) così la confutazione viene a coincidere in esso coll'argomentazione (1), e si regola secondo le norme sopra insegnate, per questa (§ 107 e 111). Soltanto allorquando il difensore propone asserzioni positive, e conduca una prova speciale, egli deve pure far si di dissipare ogni argomento che potrebbe indebolire l'eficacia di sua argomentazione, ed in questo senso si può parlare della confutazione come d'una parte della difesa a sè. (2) Ora, poichè il difensore in argomentando a) fornisce una vera prova, e b) spiega la legge per applicarla a suo vantaggio, così una circostanza giacente negli atti può opporsi 1. alla sua deduzione probatoria (3), ovvero 2. alla sua applicazione della legge (4). Ogniqualvolta il difensore trovi sussistere fatti o circostanze, i quali nuocono all'effetto della sua argomentazione, ne indeboliscono, o distruggono la forza provante, egli deve adoperarsi a respingere codesti contrarii argomenti. Egli è indifferente che 1. una prova esistente negli atti ripugni ai risultati che il difensore si vuole assicurare, oppure 2. che un certo fatto ivi accennato sia di tal natura da non poter convenire come carattere al fatto provato dal difensore (5), ovvero 3, che fatti sussistenti

(1) Per es. il difensore prova che *A* non è l'autore: se due indizj e un testimone stanno contro di *A* egli può tuttavia dimostrare che tutto ciò nulla prova ancora, ma questa confutazione è qui insieme argomentazione.

(2) Quand'anche il difensore abbia dimostrato che fu caso di necessaria difesa può per altro trovarsi in atti una deposizione di un testimonio che sembri distruggere l'esistenza della necessaria difesa. In tal caso il difensore affinchè la sua dimostrazione resti credibile, deve cercare di tôr di mezzo questa deposizione e di confutarla.

(3) Per es. egli vuol provare l' ubbriachezza dell'imputato, e un testimone che compare negli atti depone il contrario.

(4) Per es. egli dimostra la demenza dell'imputato, ma non nega che questi, al tempo in cui commise il fatto, abbia subito un rallentamento della malattia, ovvero un apparente lucido intervallo.

(5) Questo succede sovente nella prova della demenza ecc. dove i giudici e medici, pel motivo per es. che l'accusato ha qualche volta risposto in modo apparentemente ragionevole, oppure si è qualche volta contenuto tranquillamente, considerano senz'altro come non provata la demenza, non sapendola conciliare con tali fatti.

sembrino fondare il diritto ad inasprimento della pena (1), o finalmente che 4. non sianvi che argomenti contrarii alla interpretazione ed all'applicazione della legge fatte dal difensore. *Ad* 1. Quando si tratti della confutazione d'una prova contraria, decidono le regole stesse della confutazione d' una prova in generale ; il difensore pertanto od *a*) oppugnerà la attendibilità del mezzo di prova sia per mancanza dei legali requisiti, sia per la natura di suo contenuto, ovvero *b*) additerà la impossibilità ed improbabilità di quanto si oppone.—*Ad* 2. Quando un fatto sembri contrastare colla argomentazione del difensore, deve questi mostrare la possibilità di una conciliazione, locchè può accadere, colla adduzione di argomenti forniti dall' esperienza, o dalla scienza, per cui si spieghi l'esistenza del fatto e si chiarisca l'apparente contraddizione. *Ad* 3 Quando sembri esistere una causa che inasprisce od eleva la pena, si può *a*) distruggere il fatto in cui ella si fonda, abbattendone la prova, oppure si può *b*) dimostrare che quella causa non è conforme alla legge, o finalmente *c*) si possono addurre circostanze le quali mostrino l'inapplicabilità di essa al singolo caso. *Ad* 4. il difensore cercherà di assicurare la sua interpretazione della legge contro una interpretazione contraria, mostrando che quest' ultima *a*) è irragionevole, o *b*) è meno compatibile colle generali norme dell'interpretazione di quella del difensore, oppure *c*) non è accettata nei Giudizii. (2).

§ 119. *Regole intorno alla produzione degli argomenti della confutazione.*

Nella confutazione sono decisivi i riguardi seguenti 1. A torto il difensore cercherebbe il suo espediente nell'addurre soltanto alcune obbiezioni che gli pajono facili a ribattere, sorpassando del tutto le più importanti. Codesto metodo ingenererebbe necessariamente diffidenza verso di lui, cui debito è piuttosto esaminare compiutamente tutti gli argomenti, e tentare per quanto è possibile la loro confutazione (3). 2.

(1) Così, a cagion d' esempio, la circostanza che l' accusato negò ostinatamente in parecchi esami, può essere facilmente ritenuta come aggravante la pena ; del pari la circostanza d' aver commesso un reato contro un proprio congiunto è di regola pei moderni codici una causa aggravante la pena.

(2) Qui è decisivo talvolta l' allegare le opinioni di celebri giuristi a conferma del proprio assunto.

(3) E' sempre cosa molto pericolosa pel difensore il non toccare affatto quei punti che mal s' adattano al suo proposito, e che gli stanno contro. Quand' anche tali circostanze si omettano nel racconto (v. § 89 not. 8), esse non possono perciò mancare in questa parte ; ove il difensore possa appena sperare di indebolirne la forza, e trovi negli atti i mezzi per far ciò, egli è obbligato di parlarne. Si deve pure citare, e, per quanto è possibile, combattere ogni circostanza che potrebbe per avventura essere afferrata da un giudice diligente, e venir opposta utilmente alle deduzioni del difensore.

Ella è cosa sconveniente che il difensore smentisca fatti appoggiati da prove decisive, oppure si dia a sofisticare su di essi, poichè il Giudice sagace esamina tuttavia la loro importanza, ed appunto ve ne dà una maggiore allorquando il difensore si è servito riguardo ad essi di mezzi inattendibili. 3. Non si ponno quindi prudentemente raccomandare al difensore i mezzi suggeriti da certi rettorici intorno al modo di dare un falso aspetto agli argomenti contrarii. (1) 4. Eziandio debbe astenersi il difensore dal ricorrere a facezie benchè spesso consigliate, perchè il Giudice non dall'umore ma dalla ben fondata e legale sua persuasione deve lasciarsi guidare. 5. Uscite offensive, motteggi, per es. intorno ai testimonii, e alle loro doti intellettuali, vogliono essere evitati (2). Riguardo alla forma della adduzione degli argomenti di confutazione o si ponno enumerare prima tutti i punti da confutarsi, ribattendoli, poi di mano in mano secondo la serie dei loro numeri, oppure si può far seguire immediatamente la confutazione ad ogni punto addotto. Il secondo metodo è evidentemente più opportuno, giacchè il primo riesce facilmente faticoso e prolisso. La esposizione non deve essere rigida ed asciutta; il difensore deve raccogliere ogni punto da combattere in una breve proposizione, presentare il risultato che si presume derivarne, e poi far tener dietro le ragioni per cui tale risultato non può essere accettato. Si può variare nelle maniere di passare dall'una all'altra delle tesi da confutare. Spesse volte si può congiungere il punto da confutarsi colla positiva asserzione di ciò che vi sostituisce il difensore (3).

§ 120. *Confutazione nelle difese che hanno luogo nel processo accusatorio orale.*

Più importante che nel libello difensionale nel Processo inquisitorio secreto, è la confutazione nel processo criminale basato su di un atto d'accusa, in cui un accusatore pone completamente i fondamenti dell'accusa e propugna i diritti dello Stato nel pubblico dibattimento (4), cercando ancor prima della pronunciazione della sentenza di assicurare i risultati dell'accusa (5), e facendo poi le sue proposte (6). Con tale procedimento l'intiero processo ottiene una base molto importante eziandio pel difensore, venendo questi per tal modo a sapere di-

(1) *Lawson*, pag. 202. *Blair*, pag. 18.
(2) Vedi anche in generale *Gerstäcker*, *Istruzione* ecc. parte I, pag. 88.
(3) Per es. se il difensore dice: la circostanza apparentemente contraria perde ogni forza, quando si consideri, ecc. oppure: il difensore non ha da temere che contro il suo assunto si abbia a far appello, ecc.
(4) Code d'instruction, art. 241.
(5) Code d'instruction, art. 271.
(6) Code d'instruction, art. 335.

rettamente da quali imputazioni debbe difendere l'accusato. Il difensore ne riceve pure un determinato indirizzo della sua difesa, poichè tutto egli ha fatto, quando abbia confutato l'accusatore (1). Parte principale della difesa diventa per conseguenza la confutazione, per la quale valgono in gran parte le regole precedenti. Oltracciò 1. nel processo orale il difensore non troverà sempre necessario di proporre la confutazione come parte staccata, che anzi molto opportunamente ei la proporrà di mano in mano che l'accusatore scorre i punti della sua accusa, ai quali corrispondano punti di difesa. All'incontro 2. la difesa si limiterà spesso alla sola confutazione, quando il difensore non si scosti dall'accusatore che in pochi punti, essendo del resto d' accordo con lui negli essenziali. 3. La confutazione non deve però mai essere ommessa, quand'anche un unico appiglio le fosse fornito dalle deduzioni dell' accusatore, e allorchè l' asserzione dell' accusatore fosse di tal natura che si possa temere che i Giurati a cui spetta la decisione ne rimangono sopraffatti. 4. Sarà spesso opportuno che il difensore faccia rilevare ai Giurati, per mezzo del così detto argomento *ad absurdum*, le conseguenze di singole asserzioni dell' accusatore che egli vuol ribattere, senza però che 5. il difensore dei giorni nostri possa servirsi di mezzi atti ad avvilire la persona dell' accusatore (2), nè permettersi sarcasmi verso di lui, benchè gli sia lecito opporglisi con forza e gravità, ed anche rivolgergli contro le armi, ogni qualvolta per avventura la passione lo abbia condotto a poco rispettoso e decente linguaggio verso la difesa, celiandola e ponendola in ridicolo (3).

§ 121. *C. Della chiusa della difesa.*

Siccome nei discorsi di difesa pronunciati a voce, e segnatamente davanti ad un giudizio di Giurati si ha cura perchè in sul finire di essi rimanga una durevole impressione negli animi degli spettatori, e vi si produca una disposizione favorevole all'accusato (4) così la chiusa della difesa diventa in essi d'una grande importanza, e prepara immediatamente la decisione. Al contrario ella assume un aspetto affatto diverso, laddove la difesa è destinata a Giudici giureconsulti, dei quali si vuol convincere solamente l'intelligenza. Poichè in questa difesa nulla dipende dell'eccitamento degli animi, e dalla buona disposizione verso l' imputato, dovendo i giudici attenersi esclusivamente alla legge, la chiusa null'altro può contenere all'infuori della domanda che il difensore propone a nome dell'imputato,

(1) Code d' instruction, art. 362.

(2) *Delamalle*, *Essai* II, pag. 37, 46.

(3) Sulla confutazione vedi *Delamalle, Essai d'institutions oratoires*. Vol. II, pag. 243.

(4) Si vegga quali mezzi suggerisce per eccitare gli affetti *Quinctil. instit.* Lib. VI, cap. 1 n. 2 e cap. 2.

quale risultato di sua argomentazione (1). Solamente allo scopo di fare un opportuno passaggio, e specialmente *a*) nelle difese molto estese, in cui gli argomenti ponno di leggieri sfuggire alla memoria, il difensore può introdurre nella chiusa un breve epilogo delle cose dimostrate, od almeno dei principali punti che ha provati, e talvolta *b*) in casi molto rilevanti egli può permettersi eziandio di far risaltare di preferenza quegli argomenti che meritano maggiormente l'attenzione dei Giudici, e di rendere attenti questi ultimi sia dell'importanza del caso, sia della forza delle ragioni addotte (2).

§ 122. *Della domanda.*

Benchè il Giudice ordini sempre ciò che si conviene anche senza por mente al tenore della domanda del difensore, tuttavia questa, come risultato della argomentazione del difensore, è parte essenziale del libello di difesa. Soltanto una domanda opportunamente fatta chiude a dovere l'argomentazione, e corrisponde allo scopo della scrittura di difesa, che è di ovviare possibilmente ad ogni ingiustizia nella applicazione della pena. Ella è il risultato della precedente argomentazione, corrisponde alle questioni che furono posti in capo alla medesima, addita ciò che il difensore vuol conseguire, insegna ai giudici il vero punto di vista che li deve scorgere nel pronunciare la sentenza. Dessa assomiglia alla proposta del Relatore (3), il che dalle premesse deriva le conseguenze, ed esprime ciò che l'imputato crede poter pretendere in conformità alla legge. Per ciò che riguarda poi il tenore della domande finale, vuolsi consigliare al difensore (4) proporla più che gli sia possibile consona alla legge, lo che ed è facile dopo le precorse argomentazioni, e desta una favorevole predisposizione nell'animo del giudice. Si guarderà pertanto il difensore dal domandare cosa che non abbia alcuna connessione coi fatti provati o colle sue stesse espressioni, ovvero dall'infastidire i giudici colla stranezza

(1) I retori distinguono qui le parti seguenti: *peroratio*, *conclusio*, *altercatio*. Vedi *Cicero*, *Orator*, n. 128. *De Invent.* I, 82. *Quinctilian*, VI 1. *Blair*, *Lezioni* I c. pag. 238. *Zachariä* pag. 236.

(2) Ordinariamente la conclusione consta di tre parti: 1 si ricapitola brevemente il già detto: 2. si eccita interesse e favorevole disposizione d'animi: 3. si fa la domanda. Valore ed importanza non hanno però le due prime parti giusta quanto si disse precedentemente, che nelle difese pubbliche ed orali innanzi al giurì.

(3) Lo stesso ufficio del relatore, il suo modo di riferire distinguono la sua domanda da quella del difensore, ed ambedue sono quindi diverse riguardo alla posizione ed espressione.

(4) *Quistorp*, *Principii fondam*. § 689. not. *d*. Si intende da sè che in fine non si debbono appor clausole, e neppure la *clausula salutaris*.

della domanda, (1) oppure dal chiedere cosa che contraddica (2) direttamente ai caratteri del caso in quistione (3). La domanda verrà anche proposta nelle forme e colle espressioni prescritte dalla vigente legislazione, ma non mai in tuono supplichevole. Del resto il difensore deve proporre una domanda adequata e completa, e spesso come pose quistioni eventuali, così proporrà anche domande di tal natura. Allorquando il difensore non può mostrare l' innocenza dell'imputato e prende quindi che gli verrà inflitta una pena, non deve egli certamente, come fosse un Relatore, stabile la misura della pena che dovrebbe dai giudici venire addottata, ma, allorchè furono addotti importanti motivi di mitigazione o di diminuzione di pena non è disacconcio che egli ponga la sua domanda in modo che il giudizio debba condannare l' imputato alla pena corrispondente a quei motivi, o che non superi una certa quantità di pena che egli verrà determinando.

§ 123 *Osservazioni speciali sul tenore della chiusa.*

Se qualche volta il difensore trova necessario ripetere nella chiusa (4) i punti principali della difesa, e farne risaltare l' importanza (§120) egli devesi però guardare dal ripetere lungamente e prolissamente le cose già dette. Pertanto egli non ripeterà mai gli argomenti che adoperò nella prova, condotta ma solo e brevemente nominerà i prncipali punti di vista che egli prese a provare, siccome gia provati ma in modo come appaja alcun dubbio sulla realtà della prova.

(1) Per es. se il difensore di un delinquente, la cui reità è da costui medesimo riconosciuto, perorasse per la piena assoluzione. V. *Krause*, *Considerazioni sui difetti dell'inquisiz. crim.* pag.. 220. Contro le esorbitanze delle domande vedi anche *Tittmann*, *Manuale* III, pag. 480, not. *p*.

(2) Come allorquando i difensori insistono per la dichiarazione d' innocenza, dopo avere potuto appena dimostrare, che il reato a motivo per es. dell' incompletezza del suo materiale, non è pienamente punibile.

(3) Quindi si deve inoltre domandare che l' accusato sia assolto anche dall' obbligo di pagare le spese processuali. Il difensore non deve mai domandare troppo poco, *Leyser*, *Spec* 562 med. 14. Sebbene *Gerstäcker*, *Istruz.* I, pag. 87 consigli il difensore di non fare una domanda determinata, quando è ancora incerta la punizione dell' accusato, nondimeno ciò non si può dire così in generale: il difensore può ben fare in tal caso una domanda eventuale.

(4) Anche in ciò nelle difese pubbliche ed orali la ripetizione (*Recapitulatio*) è assai importante non solo nella conclusione, ma per certi punti eziandio sovente a mezzo del discorso, dacchè le cose che sono comunicate soltanto a voce prestamente sfuggono alla memoria degli uditori, cui il difensore deve cercare di venire in soccorso.

11. Allorquando il difensore nella procedura davanti ad un giurì vuole destare l'interesse dei giurati a favore dell'imputato, ei lo farà accennando lo stato dell'infelice che geme da tanto tempo in prigione, o la buona sua condotta, per cui non gli si potrebbe attribuire un misfatto della natura di quello di cui è incriminato, oppure particolari relazioni che parlano in suo favore. Parimenti egli può far risaltare l'interesse del subbietto, ed avvertire che la pubblica opinione attende questa o quella decisione.

Egli può toccare ancora una volta dell'influenza di certi pregiudizj sull'animo dei giudici, i quali ponno facilmente mal disporli verso l'imputato. Tuttavia questo cenno non deve essere nè lungo, nè troppo esteso, perchè non istanchi, nè si cambii in nuova argomentazione. Il difensore si guarderà del pari nei casi poco rilevanti dall' attribuire alla causa una importanza che non ha, come pure dalle declamazioni, le quali sogliono produrre un effetto contrario a quello che il difensore ha di mira.

§ 124. *Della forma esterna.*

Le norme generali della convenienza e la prescrizioni di legge vigent in ogni paese intorno alle scritture giuridiche forniscono pure le regole in proposito. 1) Riguardo alla presentazione del libello difensionale, egli può od essere presentato immediatamente al giudizio senza altro accompagnamento scritto, oppure essere allegato ad una breve scrittura, che gli serva di introduzione (1). 2) La soprascritta si fa od al Tribunale inferiore presso cui viene condotta l' inquisizione, od al superiore Giudizio decidente (2). A comodo del lettore la scrittura viene poi suddivisa in paragrafi corrispondenti ai varii punti essenziali e munita di numeri progressivi (3). 3) I punti di vista proposti vengono spesso collocati nel bel mezzo del foglio perchè saltino all' occhio più facilmente 4. La scrittura viene sottoscritta dal difensore, sia che vi acceda la sottoscrizione dell' imputato, nel caso in cui questi figuri nella scrittura come interlocutore, o sia che il difensore si sottoscriva da solo a nome dell'imputato. 5) La formola conclusionale viene prescritta dallo stile degli affari, o dalle leggi esistenti intorno ai libelli in generale.

(1) *Tittmann, Manuale* Vol. III, § 815. *Danz. Proc. somm.* § 221.

(2) In Baviera la soprascritta è semplice: *Regio Tribunale bavarese di N..*, oppure *Regio tribunale d'appello bavarese.* Sui titoli in generale vedi *Gensler, Guida alla pratica giudiziaria.* pag. 201 e seg.

(3) *Meister, Trattato* pag. 272.

§ 125. *Della forma esterna del discorso orale.*

La forma esterna della difesa nel processo orale regolasi secondo le norme della convenienza e del buon gusto, che difficilmente si possono imparare in modo meccanico (1). Benchè parecchi oratori cerchino con una sposizione esternamente studiata (2) di supplire al difetto di sostanza, non si può tuttavia negare, come insegna Blair (3), che la trascuranza della elocuzione e del modo di esporre può far nascere facilmente il sospetto di non veridicità. Certamente tutta l'arte della esterna sposizione consiste: 1) nel parlare in modo di essere intesi facilmente e completamente da tutti coloro cui è rivolto il discorso: 2) nel discorrere con quel calore e con quella energia, che fanno mestieri onde cattivarsi l'attenzione degli spettatori (4). A conseguire la prima di tali cose esigono a ragione i retori *a*) intelligibilità di voce (5), al qual uopo si vuol raccomandare all'oratore che espone in pubblico, di parlare in tuono non troppo elevato, per non cadere troppo presto in isposatezza (6), e di attenersi piuttosto a quello cui è abituato nella vita ordinaria, *b*) chiarezza di pronuncia, *c*) lentezza e ritegno di quella rapidità che spontaneamente nasce nel calore del discorso (7), *d*) buona accentuazione (8), e purezza di pronuncia. Non di rado dopo la sposizione dei passi principali, che si spera saranno per produrre una singolare impressione sui giudici, è bene fare una pausa, onde lasciare che le cose dette penetrino nell'animo di essi.

Nel dar vivacità e forza al discorso conviene porre la debita attenzione *a*) alle enfasi, *b*) alle pause, *c*) al tuono di voce, *e*) al gesto, affinchè

(1) A questo proposito chi non ricorda le parole del poeta: *l' ingegno e il buon senso si esprimono con poca arte?*

(2) Sulla questione: se il discorso si debba prima scrivere, ovvero improvvisarlo, leggonsi buone osservazioni in *Delamalle, Essai d'institutions oratoires* II, pag. 220-244.

(3) *Blair, Lezioni* pag. 125.

(4) *Blair, Lezioni* parte III, Lez. 30; ottima è l'opera di *Th. Sheridan, Lectures on the art of reading. two parts. edit.* 2. Lond. 1781, tradotta in tedesco da *Löbel* nel 1793.

(5) *Cicero, de orat* lib. III. *Delamalle, Essai* II, pag. 255.

(6) A chiunque debba esprimersi oralmente è da consigliarsi di non cominciare il suo discorso in tuono troppo alto, ma invece di innalzare la voce a poco a poco, cominciando dal trono più basso, perchè altrimenti si sale facilmente a un tuono troppo elevato, che di rado riesce armonioso,

(7) La prudenza consiglia di non esporre le cose troppo rapidamente, dacchè quando l'oratore parla adagio (non peraltro tirando in lungo e in modo nojoso) egli può più facilmente richiamarsi alla memoria ogni proposizione successiva.

(8) Vedi buone osservazioni in Delamalle l. c. pag. 271.

nè per falsa intonazione od inopportuna energia vada franteso il discorso, nè per converso l'uniformità del tuono stanchi gli spettatori, oppure un' appassionata precipitazione nei punti principali del discorso scemi l' effetto che suol nascere naturalmente da una pausa sapientemente dispensata. Molta cura si debbe avere in particolare del gesto (9), affinchè viziate abitudini che facilmente si manifestano nell'enfasi del dire, o ridicoli moti non guastino l' impressione del discorso. Una sposizione inanimata che attesta il poco interesse che l'oratore prende alla causa è altrettanto fuori di proposito, quanto lo sono i gesti violenti, le smorfie, e il dimenare della persona. Contegno naturale, attenzione sopra sè stesso, e ferma volontà di superare difetti che si rimarcano in sè medesimi, come pure uno studio spregiudicato dei buoni oratori, alieno da una imitazione servile, e da soverchio attaccamento all' individualità dell' autore, porgeranno al difensore una guida sicura. Sconvenienti sono il troppo elevare o dilatare le braccia, e quei movimenti i quali contraddicono ai sentimenti espressi dall'oratore.

§ 126. *Delle citazioni.*

Quanto alla citazione di passi di scrittori allo scopo di convalidare una asserzione col peso della loro autorità (1), il difensore rifletterà che un affastellamento di erudizione ingenera non di rado la noja, mentre la loro soverchia scarsità attesta molto facilmente la poca coltura o la mala fede. Quando alla cittazione degli atti, il difensore porrà in margine le pagine ed i numeri di essi, a sua giustificazione (2). Egli citerà gli scrittori allorquando abbisogni di autorità per una dottrina importante da lui stabilita, ed a questo scopo si richiamerà a scrittori riconosciuti che difendono la stessa dottrina, specialmente allorquando occorra un punto controverso intorno al quale l'opinione del difensore sarebbe per conseguire più facile accesso nelle menti dimostrando che dessa è accolta dalla scienza o dagli uomini che godono fama di buoni conoscitori dell'uso del foro. La citazione delle leggi è necessaria dovunque il difensore si fa ad analizzarle e si richiama ad esse, o quando una asserzione non evidente al primo aspetto (3) vuolsi mostrare vera in legge, nei quali casi però il difensore riprodurrà le parole di questa con iscrupolosa fedeltà (4). Più rado saranno le citazioni degli scrittori nelle

(1) *Quinctilian.* lib. II. c. 3. *Delamalle* II, pag. 286.

(2) *Gönner, Pratica legale* § 102 111.

(3) Nelle difese orali e pubbliche non debbe aver luogo questa citazione.

(4) E' quindi superfluo citare molti scrittori o leggi a proposito di una verità di diritto da tutti conosciuta.

(5) Non fa nemmen d'uopo di ricordare, che il difensore orale deve abbandonare il meschino artificio di citare le leggi fallacemente, e contorcendone il senso.

difese orali pubbliche, e solo allorquando l' asserzione del difensore è appoggiata ad una grave autorità, può tornar giovevole la citazione di questa e spesso anche una citazione verbale. Nei discorsi tenuti davanti a giurati non sarà acconcia la citazione di altrui opinioni. La citazione dei passi di legge non può tuttavia essere qui omessa da un assennato difensore.

§ 127. *Della difesa finale nel caso che l'imputato abbia commesso più reati*

A. Nel caso di concorso dei più reati.

Talvolta il difensore deve difendere un imputato di più reati non ancora puniti, e dei quali tutti debbe conoscere lo stesso giudizio in una sola ed identica decisione (1). Necessariamente deve la difesa riferirsi a tutti questi reati, senza che per ciascuno di essi richieggasi un separato ed apposito libello difensionale (2). Non basta in simili casi che il difensore esamini ciascun reato separatamente, per discolpare l'imputato intorno a ciascuno (3). Importa qui assai di coordinare la difesa ai canoni che la legge stabilisce sul concorso di più reati, nè si può immaginare difesa, che ove la esistenza di ognuno dei reati non possa essere contestata (4). La narrazione delle vicende della vita dell' imputato è una sola e si riferisce a tutti i singoli reati. Il difensore si deve adoperar specialmente ad impedire che la cumulazione delle pene dei varii delitti non faccia sentenziare al Giudizio una pena totale che contraddica alla volontà del legislatore ed ai dettami della giustizia, e che il Giudizio non abbia ad applicare le regole relative al concorso di più reati, allorquando uno solo ne esiste.

Pertanto la difesa deve 1) nel caso che colla medesima azione siansi

(1) Questo caso costituisce il così detto *concorso* dei reati, che non si deve confondere colla *recidiva*. Il primo suppone reati impuniti, la seconda invece si riferisce a una condanna preceduta. Vedi intorno al concorso dei reati: *Feuerbach*, *Tratt.* § 126. *Kleinschrod*, *Svil. sistem.* parte III § 101 110. *Ziegler*, *Teorica dell'inasprimento*, Helmstädt 1806 § 28 e seg. *Schroeter*, *Manuale di Dir. pen.* Tom. I, pag. 188. *Wächter*, *Tratt.* Parte I, § 122 124 *Rosshirt*, *Trattato* § 96. Le mie aggiunte al *Trattato di Feuerbach*, § 126.

(2) V. *Koch*, *Guida alle scritture defensionali* § 17.

(3) Per es. se il difensore dimostra che l' imputato delitto di truffa non sussiste, che, nel furto *A* l' accusato fu appena complice, e che nel furto *B* egli ebbe a suo favore importanti circostanze mitiganti.

(4) Allorquando non è possibile negare l'avvenuto reato, e l' accusato è pienamente riconvinto, il difensore non deve cercare che di impedire che si faccia una commisurazione troppo severa della pena.

(5) Per es. se taluno ha commesso uno stupro sulla persona di un prossimo congiunto concorrono qui lo stupro e l'incesto.

violate più leggi penali (1), oppure, nel caso che colla medesima azione siasi violata la stessa legge penale a danno di più persone (2), mostrare, che il reato può essere punito soltanto come uno solo (così detta concorrenza ideale) (3). 2) Se lo stesso reato venne consumato con diverse azioni, cosicchè tutte queste appajano propriamente quali altrettanti momenti dell'esecuzione dell'intenzione rivolta al primo (4), oppure un'azione non appaja (5) che mezzo necessario all'esecuzione o necessaria conseguenza d'un altro reato (6), od una continuata applicazione ed utilizzazione degli stessi rapporti delittuosi (7), il difensore deve mostrare che vengono in acconcio i dettami relativi ai delitti continuati 3). Se con diverse azioni sonosi violate diverse leggi penali, tutto dipende dal sistema che segue la legislazione vigente in proposito (8). *A*) Se vige la massima che la pena del delitto più grave assorbe quella degli altri delitti (9) debbe la difesa, adoperarsi a mostrare quale sia il delitto più grave. *B*) Se vige la massima, che le pene di tutti i reati commessi debbonsi computare insieme (10), il difensore può mostrare, che ciò non è possibile nell'attual caso, che la materiale applicazione di tal massima cagionerebbe una somma di pene che ripugnerebbe alla giustizia (11). *c*). Se è addottato il sistema, che la pena del più grave reato deve sola applicarsi, ma elevata a cagione degli altri reati, sicchè le pene minori si trasmutino nelle maggiori, in allora il difensore deve fare egli stesso il computo e la trasmutazione nel modo più conforme allo spirito della legge, ed insieme più favorevole all'imputato, opponendosi all'applicazione di principii più rigorosi.

§ 128. *B*) *Nel caso di recidiva.*

Ove si abbia a difendere un imputato, il quale, già punito in addietro per commessi reati, ne commise altri della stessa qualità, dopo avere scontata la pena dei primi, il difensore deve in tal caso aver riguardo ai reati già puniti, ed alla *recidiva*, (1), la quale trae seco per sè sola una gra-

(1) Per es. qualcuno scarica un fucile su varie persone allo stesso tempo.

(2) Quanto ai principii vedi le mie note al *Tratt. di Feuerbach*. § 131.

(3) Vedi il mio articolo in *Demme, Annali dell'Amministr. del dir. crim.* tom. 1, n. 1. e le mie aggiunte al *Tratt. di Feuerbach*. § 128.

(4) Per es. se alcuno sforza un armadio per toglierne una chiave, con cui apre la cassa del danaro, e vi ruba.

(5) Per es. nell'incesto, l'atto isolato del coito.

(6) *Krüg, Sul concorso dei delitti, ed in particolare sulla nozione dei delitti continuati.* Lipsia 1842.

(7) V. le mie note al *Tratt. di Feuerbach*. § 126.

(8) Per es. secondo la legge francese.

(9) Per es. secondo il codice bavarese.

(10) Per es. se taluno meritasse dieci volte il castigo corporale di 25 colpi per volta.

(11) Vedi *Il nuovo arch. del dir. crim.* Vol. II, art. 4. n. 32. *Codice pen. bav.* art. III. *Annotazioni al Cod. pen. bav,* Vol. I, pag. 163. Vedi anche *Ziegler*,

vità maggiore di pena. L'ufficio del difensore di impedire che un imputato venga punito più di quello che la legge permette, assume così un nuovo aspetto, ed allo stesso modo che i giudici decidenti si occupano della recidiva come di un nuovo carattere del fatto, anche il difensore si adopera perchè la recidiva non importi troppo grave pena al suo difeso. La narrazione stessa contenuta nella difesa verserà intorno agli anteriori delitti, ed il difensore cercherà di raccontarli nel modo più favorevole che sia possibile, compatibilmente colla verità. Egli 1) farà risaltare con energia quelle circostanze, le quali esistevano soltanto negli anteriori delitti, ed ora escludono la recidiva (1); 2) non dimenticherà le azioni ed i rapporti, che sopravvennero dopo commesso il delitto, e provano l'emenda del colpevole (2); 3) cercherà in particolare colla narrazione di sventare la credenza, che nel delitto nuovamente commesso si abbia un conculcamento della legge, una profonda malizia, e una disposizione al male (3), col che viene a togliersi la ragione della severa punizione della recidiva. L'argomentazione non conterrà per fermo una difesa dei delitti anteriormente commessi e già puniti, ma tuttavia, nei casi che verremo additando dissotto, anche il delitto anteriormente commesso vuol essere avuto di mira dal difensore. Questi cercherà dapprima di difendere l'imputato dell'unico delitto sussistente, secondo le regole sopra esposte, e poscia estenderà l' argomentazione alla recidiva avveratasi ed alla pena che ne consegue, dimostrando o che *A*) il giudice non ha pel diritto comune alcuna facoltà di riguardare la recidiva quale causa aggravante (4), oppure *B*) che secondo la legge dello Stato il delitto di cui si tratta non può ricevere aggravazione dalla recidiva (5), ovvero *C*) che a tenor di legge non può dirsi che si abbia un nuovo delitto dell' egual specie del delitto anteriore (6), o *D*) che, benchè la legislazione ammetta la recidiva quale causa di aggravazione, questa tuttavia non sussiste, nè può quindi farsi luogo a pena maggiore, per mancanza

Sull'inasprimento delle pene § 29. *Tittmann, Manuale della scienza del dir. penale* Vol. I, § 132. Il mio paragrafo 132 *a* aggiunto al *Tratt. di Feuerbach.*

(1) Per es. se le azioni furono solo colpose, se l'azione antecedentemente punita è affatto diversa, come sarebbe quando colui che attualmente è punibile per furto, avesse commesso antecedentemente un adulterio.

(2) Così per es. non si potrebbe omettere di notare il lungo lasso di tempo, come di 16 e 18 anni, dal primo reato all' ultimo commesso.

(3) Se, per es, alcuno che tenne per dodici anni una condotta esemplarmente buona, fu sedotto in un momento di debolezza da un astuto compagno, a commettere un reato.

(4) *Rosshirt, Trattato* pag. 160. *Nuovo Arch. di Dir. crim.* V. n. 20, IX n. 5.

(5) Per es. nel duello.

(6) Per es. se qualcuno, già punito per ferimento di una persona, ora lo è per furto.

delle condizioni prescritte (1), ovvero *E*) che l'anteriore delitto fu punito a torto (2), o perchè il tribunale non era competente, o perchè esisteva un'altra qualunque nullità, e che la pena inflitta in allora fu sproporzionata al reato (3), oppure *F*) che in seguito a condanna pronunciata in estero stato non può darsi recidiva in questo (4), oppure *G*) che, volendo la legge onde si abbia recidiva, che siasi subita la pena dell'anteriore delitto, non può ammettersi a appunto che l'imputato l'abbia subita (5), ovvero *H*), che particolari cause di mitigazione o di diminuzione parlano in favore dell'imputato (6), e debbono far si che la pena della recidiva non si infligga se non di molto mitigata.

§ 129. *Del caso in cui si hanno molti imputati dei medesimi fatti.*

Non di rado il difensore deve difendere più imputati, ravvolti nella medesima inquisizione, (7). Onde ben condurre la difesa in questi casi, conviene distinguerli. *A*) O pei diversi imputati vi hanno anche differenti ragioni di punibilità, e quindi diversi argomenti di difesa (8);

(1) Per es. se il primo non è un delitto premeditato, oppure se i due reati non sono della stessa specie.

(2) A ragione alcuni nuovi codici riconoscono nel giudice il diritto di esaminare l' antecedente sentenza.

(3) Un caso di questo genere è quello esposto nella nota 4.; un altro si avrebbe quando alcuno dodici anni prima, vigendo il vecchio Codice criminale, che portava sanzioni assai severe (e sovente anche inopportunamente severe) fosse stato condannato ad una pena grave, ed ora avesse commesso di nuovo il medesimo delitto, il quale però è trattato mitemente dal nuovo Codice. Non presenterebbe in tal caso difficoltà un calcolo legale basato sulla pena severa del Codice vecchio contraddicente all'attuale? E il difensore non dovrebbe addurre qneste difficoltà? Mi sia qui lecito esporre un caso non privo di importanza. Un tale fu condannato diciotto anni fa per incesto, che dalle leggi vigenti in allora era punito di morte, ma venne graziato, e la pena di morte gli fu commutata in quella dell'ergastolo per otto anni. Ora, dopo l' introduzione del nuovo, Codice, egli commette di nuovo lo stesso reato, che attualmente dall' art. 206 del Codice pen. bavar. è punito colla reclusione da due a sei anni nella casa di lavoro. In questo caso si prenderà per base del calcolo la pena severa dell'ergastolo stabilita dal vecchio Codice?

(4) Secondo alcune leggi la pena precedente deve essere stata inflitta dal giudizio dello Stato.

(5) Per es. perchè fuggì subito dopo la pronuncia della sentenza.

(6) Per es. la condotta esemplare tenuta per vent'anni, consecutivi quando l' accusato fu punito ventiquattro anni fa.

(7) Vedi intorno a ciò cose interessanti in *Pfister, Supplemento alla Storia, tolta dagli atti, delle bande di malandrini.* Heidelberga 1812 pag. 7 e seguenti.

(8) Per es. in una banda uno è capo, un altro è solo fautore, uno è sedotto, per un altro milita la circostanza mitigante della giovinezza, ecc.

oppure *B*) tutti gli imputati si trovano nella stessa condizione giuridica, ed uno solo e medesimo è il punto di vista della difesa (1). Nel primo caso devonsi ravvisare altrettante difese, quanti sono gli imputati (2). Nel che pare sulle prime ottima cosa e la più propizia alla verità l'affidare ad un solo difensore le difese di tutti gli imputati, perchè altrimenti le differenti scritture di difesa potrebbero facilmente contraddirsi tra loro (3); ma, siccome si osserva sovente, che il difensore si interessa maggiormente per alcuno degli imputati di preferenza, egli è a temersi, che in tal caso la difesa degli altri ne soffra. Egli è impertanto il miglior partito quello di accordare ad ogni accusato un apposito difensore, il che pare anche necessario, allorquando vi siano parecchi delinquenti principali, od uno di questi in particolare rovesci la colpa sugli altri (*). Ora in una difesa comune a molti accusati, l' esordio e la narrazione ponno sovente essere fatti precorrere una sola volta, in modo bensì, che nella narrazione si adduca ogni circostanza favorevole ad ognuno degli accusati in particolare (4). La *quæstio*, l'argomentazione, e la domanda possono quindi esporsi separatamente ed in conformità agli argomenti di difesa. Opportunamente però il difensore difenderà pel primo colui, che è più gravemente imputato, alla cui difesa egli dovrà poi sempre far ritorno nel seguito della sua scrittura, oppure quello, pel quale occorrono più numerosi argomenti di difesa, che si applicano eziandio agli altri codelinquenti. Vuolsi raccomandare altresì in questi casi al difensore, di por mente all' influenza del diverso grado di partecipazione dei correi. I particolari motivi di mitigazione o diminuzione, i quali stanno

(1) Tale è il caso in cui varie persone fossero accusate di congiura, e questo delitto si potesse dimostrare non aver esistito affatto.

(2) Vedi *Hermann*, *Guida* pag. 19. *Tittmann*, *Manuale* § 813.

(3) Vedi *Wangermann*, *Istruzione per l' arte dell' inquisizione* pag. 209,

(*) La difesa di più persone coaccusate è retta nel Regol. del proc. pen. austr. del 29 Luglio 1853 dei seguenti principii. I. È libero, sia agli imputati, quando essi facciano la scelta dei loro difensori, sia al Presidente del dibattimento, quando questa scelta tocchi al Giudizio, determinare se più imputati debbano essere difesi da uno o più patrocinatori comuni. II. Il Presidente del dibattimento deve regolarsi nella deputazione dei patrocinatori comuni al *comune o contrario interesse* degli imputati da difendersi. III. Allorquando la deputazione dei patrocinatori comuni sia stata fatta dal Presidente, essi possono proporre che il loro numero venga aumentato e che il loro còmpito venga diversamento distribuito, ove e come credano idoneo; e la stessa proposta ponno fare anche i patrocinati. V. In regola generale, ogni difensore, che creda non poter in sè riunire l'affidatagli difesa di più coaccusati può chiedere al Presidente che si introducano gli opportuni cambiamenti. (Vedi il § 213). (G).

(4) Qui bisogna guardarsi anche da un' usanza non troppo commendevole dei difensori, di cercar cioè di diminuire la reità dell' accusato che difendono, col rovesciare la colpa sugli altri correi, mostrando che il loro cliente fu sedotto, senza che di ciò abbiansi tracce in atti.

a favore di ogni singolo correo devono pure essere fatti debitamente rilevare. Nel secondo caso, un unica scrittura di difesa può bastare per tutti gli imputati, nella quale scrittura il difensore concepisce la narrazione secondo le regole consuete, stabilisce la *quæstio* conveniente per tutti (1), e fa una domanda generale.

§ 130. *Del termine per la difesa.*

Benchè i termini perentorii introdotti nel processo civile, non trovino luogo nel processo penale, e quindi la difesa formale non possa mai ritenersi esclusa o *deserta* (come nel processo civile) (2), tuttavia lo Stato deve fissare un lasso di tempo entro il quale la difesa deve essere elaborata, affinchè l'imputato, che sta aspettando in prigione, non sia commesso all'umore del suo difensore, nè arbitrariamente si prolunghino i processi (3). Pertanto, l'uso del foro ha suggerito, che il giudice fissi un termine per l'insinuazione della difesa (4). Quantunque per regola generale non debba accadere troppo facilmente la proroga di termini una volta fissati, tuttavia nel processo penale, in cui predominano lo scopo di raggiungere il vero, ed uno scrupoloso riguardo di non intaccare troppo davvicino i diritti dell'accusato, la proroga dei termini si concede senza difficoltà onde favorire la difesa (5), e senza che vi faccia d'uopo giuramento del difensore. Assai sconvenevole cosa sarebbe, che il giudice minacciasse all'accusato, che ove il termine prefisso alla difesa trascorra infruttuoso, la sua difesa verrebbe esclusa, perchè una si fatta intimazione ripugna allo spirito del processo penale. Opportuno si è al contrario incitare l'infingardo difensore colla minaccia, che a lui toccherebbero le spese di mantenimento del prigioniero cagionate dalla avvenuta dilazione. (6). Se la minaccia fu inutile, ottima cosa si è punire il difensore in via disciplinare, e commettere la difesa ad un altro difensore. Quest' ultima cosa deve accadere eziandio, allorquando il difensore sia assente od ammalato. Che se il difensore adduce per motivo di dilazione l'aspettazione di nuove istruzioni, o di nuove importanti prove, non può censurarsi che gli si ingiunga di inoltrare

(1) Per es. che il fatto imputato al difeso non è mai stato commesso, oppure non costituisce un reato, ecc.

(2) *Bohmer, Med. ad* CCC. art. 62. *Bauer, Principj* § 138. *Stübel, Proc. crim.* § 2381.

(3) *Tittmann, Man.* Vol. III § 814.

(4) *Carpzow. Prac. rer. crim.* qu. 115, n. 86. *Meister, Tratt.* pag. 246 *Hilliger, De termin. fatal. defens. reor. concedend.* Lipsia 1718. *Bauer, Princ.* pag 216.

(5) *Tittmann, Man.* Vol. IV, pag. 481.

(6) *Stübel, Processo criminale* § 2324. *Regol. del proc. crim. wirtembergh.* § 272.

la sua difesa anche senza riguardo a tali notizie (1), ove egli non sappia confermare in sul momento con sufficienti prove la sua domanda. Moderne legislazioni o fissano esse medesime il termine della difesa (2), o lasciano al giudice il determinarlo secondo l'indole, la gravità, e l'importanza del caso. (3) Il termine può venire prorogato per attendibili motivi (4), e conseguenza del non osservato termine si è pel difensore, una multa e nuova ammonizione più rigorosa e congiunta all'uopo a mezzi coattivi (5). Secondo il diritto bavarese non viene prefisso alcun termine per la compilazione della scrittura formale di difesa; il difensore o l'imputato possono presentarla finoattantochè non si è per anco deciso intorno al punto principale (6). (*)

§ 131. *Della difesa dopo la prolazione della sentenza.*

Nei casi nei quali l'uso del foro (7), e moderne legislazioni (8), dopo già uscita sentenza della prima istanza, accordano l'appellazione, la revisione od una ulteriore difesa, il difensore deve compilare questa nuova difesa secondo le regole esibite per la difesa principale. Occorre però qui un nuovo punto di vista. Ora si ha una sentenza che aggrava l'imputato almeno in alcuni punti; il Tribunale ha già pronunziati i capi dell'imputazione, e principale còmpito del difensore consiste pertanto nella confutazione degli argomenti di incolpazione stabiliti nella sentenza. Laonde più cose che erano di rilevanza nella scrittura principale di difesa, vanno ora ommesse, perchè intorno a quei punti, i quali vennero favorevolmente decisi per l'imputato, non è più necessaria difesa (9). Il difensore può, siccome accade nei gravami del proces-

(1) *Tittmann*, *Man.* Vol. III, pag. 452. Vedi pure *Quistorp*, *Princ.* § 660. *Meister*, *Guida* pag. 247.

(2) Il Diritto criminale pruss. § 444 e 459 stabilisce un termine di 8 a 14 giorni. *Il Regol. di proc. pen.* wirtembergh. concede un termine non maggiore di 30 giorni.

(3) Cod. pen. bavar. Parte II, art. 144.

(4) Dir. crim. pruss. § 444. Cod. bavar. art. 147. *Regol. del proc. pen.* wirtembergh. § 272.

(5) Dir. crimin. pruss. § 459. Vedi anche una *legge di* Weimar del 30 Giugno 1823 § 7.

(6) Cod. bavar. art. 147.

(*) *Nel Regol. del proc. pen.* il difensore intervenendo nel dibattimento finale, e recitando ivi egli stesso la sua difesa, non si può parlare di termine perentorio per la insinuazione della difesa. (G)

(7) *Feuerbach*, *Tratt.* § 620. *Bauer*, *Prin.* § 242. *Stübel*, *Proc. crim.* V. § 3282. *Tittmann*, *Man.* III, § 908.

(8) Dir. crim. pruss. Titolo V § 517 e seg. Cod. pen. bavar. art. 370 e seg.

(9) Si supponga p. es. che il difensore avesse nella prima difesa sostenuto: 1. che il materiale del reato non è completamente stabilito 2. che l'accusato si

so civile, *A*) far risaltare nella sua difesa le difficoltà a cui dà luogo l'avvenuta decisione, oppure *B*) attenersi all'ordine prescelto nella prima scrittura di difesa, e quindi, dopo un breve esordio, cominciare la narrazione, la quale deve pur essere corta, perchè già una volta ebbe luogo, proporre il punto di vista che volle provare fin dapprincipio, ma che nella prima decisione non fu favorevolmente deciso, e cercare di ribattere i motivi addotti in contrario nella sentenza. Egli può dimostrare 1) che la prova, sulla quale si fece fondamento, non è piena e che si ripose troppo valore in mezzi di prova inattendibili, 2) che non si tenne sufficiente conto della prova di discolpa, oppure 3) la mancanza delle condizioni legale per la decisione, o 4) l'errata applicazione della legge (1). Se il difensore ha argomenti diretti di difesa, debbono questi venire esplicati. Egli è eziandio fuor di dubbio che il difensore può addurre nuovi argomenti probatorii, e provocare l'investigazione dei medesimi. La domanda finale si riferisce alla riforma della prima sentenza (2). Precipua cura debbe avere il difensore affinchè gli venga partecipata ogni cosa contenuta negli atti, e l'intiera sentenza coi suoi motivi (3). Che se riguardo a quest'ultimo punto affermasi spesso volte (4) che i motivi non si debbono comunicare all'imputato, temendosene abuso, tuttavia si riconobbe mai sempre dalle leggi che la comunicazione loro non può rifiutarsi al difensore (5), ma, ciò una volta concesso, non è facile a scorgersi il perchè non si debbano comunicare eziandio all'imputato, dacchè i motivi confermano la sentenza, producono la persuasione del contenuto di essa in chiunque ne viene a cognizione, e quindi segnatamente nel condannato, a cui la decisione più davvicino interessa, e debbono servir anzi a costui di ritegno da infondati rimedii di diritto. Se all'imputato viene annunziata la decisione, i motivi di essa lo

è trovato nel caso di necessaria difesa; 3. che egli ha agito in istato della più violenta commozione d'animo. Si supponga oltracciò, che, nella sentenza dei primi giudici siasi riconosciuto che il fatto non è completamente stabilito, e parimenti siasi ammesso lo stato di commozione d' animo, ma siasi esclusa la necessaria difesa. In questo caso il difensore dirigerà tutti i suoi sforzi solamente intorno al punto che non fu ammesso.

(1) Non si deve qui dimenticare che spesso ponno darsi motivi di nullità nella sentenza dei primi giudici, per es. quando fu omessa la difesa in prima istanza in casi in cui ella è per legge necessaria; ovvero quando la decisione emanò da un giudizio illegalmente costituito.

(2) Esempli di scritture difensionali dopo la prolazione della sentenza, vedi in *Kuppermann*, *Raccolta di scritture difensionali* n. 1, 28. *Stengel*, *Opere legali*. Vol. II, n. 1 Vedi pure *Mejer*, *Esempli tolti dalla pratica criminale* n. 2 e p. 265.

(3) Il *Regol. del proc. pen.* Wirtembergh. § 372, dichiara che si deve dare all'accusato dietro sua richiesta una copia della sentenza e dei motivi.

(4) *Stubel*, *Proc. crim.* § 3172. *Tittmann*, *Manuale* III, pag. 630.

(5) *Bauer Princip.* § 236. *Waldschmid. de ration. decid. partib. a judice commun.* Morb. 1723 § 8.

devono pure perchè vi sono attimenti. Tosto che il difensore s' accorge che qualche cosa gli si vuol celare, egli deve procurarsene notizia mediante proposte o querele.

Se per la legislazione vigente la sentenza di prima istanza deve essere spedita d' ufficio alla Suprema Corte di giustizia (1), la medesima deve però farsi nota al difensore in un coi motivi, e spetta al difensore il diritto di dedurre le sue querele in nome dell' imputato. La compilazione della scrittura, nella quale espongonsi le querele si governa a seconda dell'essere o non essere lecito alle istanze superiori di aggravare la pena. (2). Se ciò è loro lecito, e prudenza non consiglia che si ometta del tutto il ricorso (3), vuolsi in questo far opposizione in modo eventuale al più grave punto di vista che per avventura il giudizio superiore potrebbe prendere, e perciò stabilire una *quœstio*.

§ 132. *Della procedura nella difesa dopo la prolazione della sentenza.*

Le attribuzioni del difensore nella difesa dopo la prolazione della sentenza di prima istanza sono le stesse che nella difesa principale. Poichè le moderne legislazioni (4) concedono al difensore di appigliarsi al rimedio della revisione anche senza il consenso dell' imputato (*), così sarà suo dovere di esperire quel rimedio in tutti i casi in cui possa appena aspettarsene un risultato favorevole. E poichè queste leggi hanno sovente di mira che si risparmii all' imputato la pena di aspettare con animo ansioso per intiere settimane l' esito del tentato rimedio di diritto e prescrivono quindi che la pubblicazione delle sentenze, finchè vi abbia luogo a revisione, non accada che al difensore (5), debbe quest' ultimo guardarsi bene dallo svelare all' imputato il contenuto della sentenza in paesi in cui sussistono simili prescrizioni, e non cercare di ottenere dall'imputato i materiali necesarii alla difesa, se non con molta circospezione. In casi in cui l' imputato voglia rinunciare ai rimedi di diritto il difensore lo renderà ben istrutto dei suoi diritti

(1) Per es. secondo il Regol. del proc. pen. wirtembergh. § 373, nelle snetenze di morte.

(2) Vedi su ciò il mio *Proc. pen.* parte II, § 203, e *Bauer Tratt.* Vol. II. pag. 580.

(3) Per es. se la prima sentenza ha côlto nella causa il punto di vista più favorevole, ma ciò non ostante ha commisurato troppo severamente la pena.

(4) Cod. bav. art. 370. Dir. crim. prùss. § 819. Lo stesso interviene nel caso citato nel precedente paragrafo not. 9.

(*) Il Regol. proc. pen. austr. 29 luglio 1853 non attribuisco al difensore il diritto di ricorrere contro la sentenza di 1 istanza, indipendentemente dall imputato, o contro la volontà di esso (V. § 300) (G).

(5) Secondo una legge bavarese del 1813, Foglio 80 del Bollettino del Governo, le sentenze, per le quali è dichiarata necessaria dal cod. la revisione, vengono pubblicate al difensore invece dell'imputato.

delle sue facoltà, senza però consigliargli un rimedio, il cui infelice esito può con sicurezza prevedere (*). — Se il rimedio di diritto fu tentato, il difensore vi si adopererà nello stesso modo, si adoperò nella difesa principale, e cioè, farà uso di tutti i leciti mezzi (1). Egli osserverà attentamente il termine prescritto dalle leggi o stabilito dal Tribunale all'insinuazione del ricorso e compilerà la scrittura di difesa secondo i riguardi fino a qui esposti.

§ 133. *Delle difese che hanno luogo durante l'inquisizione.*

A) Della difesa onde rimuovere l'inquisizione principale.

La storta idea di molti giureconsulti intorno alla natura del processo penale, e la credenza che tutti gli atti che in questo si succedono dal principio dell'inquisizione generale fino alla chiusura degli atti formino un solo tutto, nel quale la separazione dell'inquisizione speciale dalla generale non è necessaria (2), fecero sì che non si conobbe l'importanza che ha per l'imputato la posizione in istato di accusa, e si ritenne superflua, od anzi pericolosa la difesa diretta a rimuovere l'inquisizione speciale, la quale era stata introdotta dalla pratica edotta dei pregiudizii che questa inquisizione suol arrecare all'imputato (3), e quindi del tutto la si sbandì, oppure tutt'al più la si lasciò sussistere come affatto accessoria. Nel che si dimenticò nessuno dover esporsi agli inconvenienti di una inquisizione speciale (sia che la si chiami inquisizione speciale, od inquisizione principale, o procedura avanti alle assise) del tutto distinta dall'inquisizione preparatoria, se prima od un giurì d'accusa, come in Inghilterra, e, nei primi tempi della rivoluzione anche in Francia, oppure una Corte di giustizia non abbiano deciso in base agli indizii sussistenti doversi egli mettere in istato d'accusa (4). Contro questa decisione, onde emerge

(*) Il consiglio del difensore non può mancare all'imputato intorno all'uso dei rimedj di diritto, giusta il Regol. proc. pen. austr. 29 luglio 1853. Potendo l'imputato risolversi a rinunziare al ricorso subito dopo la pubblicazione della sentenza, la presenza del difensore a tutto il dibattimento, e quindi fino all'atto della pubblicazione della sentenza (§ 222), gli guarentisce consiglio e lumi in quel proposito. Lorchè fu anche espressamente confermato da Ordin. del Ministero della Giust. 5 settembre 1857. Per riguardo poi alla interposizione del ricorso contro la sentenza, il difensore austriaco ha serio dovere di consigliare l'imputato colla maggiore prudenza, essendogli comminate pene pel caso che abbia interposto ricorso temerario. (§ 318) (G).

(1) Cod. bavar. art. 373.

(2) Vedi *Schmit, Supplementi alla scienza del dir. crim.* pag. 146 e il mio scritto. *La pubblicità ed oralità nell'amministrazione della Giustizia* pag. 24. Il mio *proc. pen.* § 111 113.

(3) *Meyer, De defens. pro avvert. special. inquis.* Lipsia 1738. *Klaproth, Proc. crim.* § 853. *Kleinschrod, nell'Arch. di dir. pen.* Vol. I, art. 1, pag. 12. *Bauer, Princip.* § 130. Il mio *Proc. pen. nei tribunali tedeschi*, parte II, § 138.

(4) *Cod. d'instruc. crim.* art. 128, 133 e 217. *Cod. pen. bav.* II, art. 98. È deplorabile che per l'art. 97 le eccezioni distruggano la regola.

per l' imputato un ragguardevole nocumento, deve essere libero al medesimo il far uso degli ordinarj rimedii di diritto. Pertanto moderne legislazioni concedono sia sotto il nome di querela di nullità (1), sia sotto quello di difesa (2) un mezzo onde rimuovere il pericolo dell'inquisizione speciale, benchè vincolino poi il diritto di farne uso a certe condizioni (3). Codesta difesa diventa il primo atto dell'esercizio dell'ufficio di difensore (§ 9). Ove la legislazione nulla prescriva intorno all'ammissibilità della difesa contro l' inquisizione speciale, trattasi di verificare se nel processo vigente abbia o non abbia luogo un formale dibattimento, dietro al quale si pronunzii la sentenza. Nel primo caso vuolsi accordare, la difesa contro l'inquisizione speciale (4), per lo meno allorchè sovrasti una pena, all'inflizione della quale deve precedere siffatta inquisizione. Il difensore deve poi curare perchè gli si diano i mezzi necessarii a raggiungere lo scopo di questa difesa. Appena si può approvare che non si conceda al difensore libero colloquio coll'imputato (5), perchè senza di questo gli è quasi sempre impossibile conoscere i motivi di difesa, mentre all'incontro un breve colloquio, se l' imputato abbia fiducia nel suo difensore, basta a far cogliere i più importanti di quelli. E si terrebbe poco conto del giuramento che il difensore dee prestare, se si temesse che egli abbia ad abusare del colloquio, consigliandogli dinieghi, ritrattazioni, od altri simili espedienti. Vuolsi però osservare che nella maggior parte dei paesi in cui vige il processo comune tedesco non si accorda (6) al difensore nè il colloquio coll'imputato imprigionato, nè l'ispezione degli atti inquisizionali (7). Laddove sussiste un completo regolamento del criminale processo, il quale nulla determini intorno alla difesa contro l'inquisizione speciale, e solo conceda che alla chiusura dell' inquisizione si nomini un difensore,

(1) *Code d' instruc. crim.* art. 299.

(2) *Cod. pen. bavar.* art. 99 e 102.

(3) Per es. secondo il diritto francese ha luogo la querela di nullità solo in tre casi, e lo stesso pel diritto bavarese; ma il diritto francese è più liberale, concedendo la querela di nullità quando si possa dimostrare che il fatto non è dalla legge annoverato fra i delitti.

(4) *Heil, Judex et defensor* Cap. III. *Gerstäcker, Istruzione* I, pag. 68. *Hermann, Saggio di una guida* pag. 89 93. *Scholz, Schizzo della organizzazione giudiziaria* del Brunswick, pag. 66.

(5) Fa molto onore al legislatore annoverese l'aver concesso il colloquio col difensore anche nella difesa *pro avert. spec. inquis.* La legge annoverese dell'8 Settembre 1840 sul processo giudiziale, § 30, ammette la difesa a stornare l'inquisizione speciale, ma non dà più particolari prescrizioni.

(6) Legge Sassone del 30 aprile 1783 § 13. *Stübel, Processo criminale* §§ 2341, 2347.

(7) *Reinmann, De edendis a judice actis ad formand. def. pro avert. spec. inqu.* Erf. 1721.

quella specie di difesa vuolsi riguardare siccome interdetta, ma siccome l' imputato ha sempre e dovunque il diritto di querelarsi (11), così possono sotto forma di querela recarsi al giudizio superiore gli argomenti di difesa che mirano propriamente a rimuovere l'inquisizione speciale (*).

(1) Il Regol. del proc. pen. wirtemb. § 433, concede gravami contro singole disposizioni giudiziali, specialmente contro la collocazione in istato di accusa.

(*) Difesa formale contro l'avviamento dell'inquisizione, speciale non è ammessa dal Regol. proc. pen. austr. del 29 Luglio 1853. Questa legge non accorda l'intervento di un patrocinatore dell' imputato che all' occasione di ricorrere contro il conchiuso di accusa presso dal Tribunale in seguito *a chiudimento dell'inquisizione* (§ 202. 3. aliene) a e nel dibattimento finale, onde tutelare in questo l'interesse dell'imputato, e condurre la difesa propriamente dette, combattendo le proposte e le conclusioni della Procura di Stato (§§ 245. 253). Se il Regolamento suddetto non introducesse la distinzione tra inquisizione *generale*, e *speciale* già prima del dibattimento finale, (§§ 64. 143), ed in nessun luogo non considerasse il dibattimento finale come la vera inquisizione principale. e come esso è in Francia ed Inghilterra, si potrebbe ritenere identico quel ricorso contro il conchiuso d' accusa, e l' intervento di un patrocinatore nel medesimo, colla vera difesa formale contro l' inquisizione speciale di cui parla il Mittermaier. Ma nel processo austriaco parlasi di inquisizione speciale prima che avvenga il conchiuso di accusa, e contro di quella non vi è luogo a formale difesa. Noi non vogliamo indagare qui se la distinzione fatte dalla legge austriaca fra inquisizione speciale e dibattimento, fra avviamento dell' inquisizione speciale e conchiuso di accusa abbia o no i suoi fondamenti, sia o non sia superflua. e se le si potrebbe o no sostituire un' altra con pochi e leggieri mutamenti. Discorrendosi degli instituti fondamentali di un processo, niuna più ragionevole norma delle parole stessa della legge.

Però se il Regolamento del processo penale austriaco non accorda difesa formale contro ciò che ivi si chiama *inquisizione speciale*, non è a dirsi che ogni altro rimedio di diritto, la difesa materiale, in altri termini, sia parimenti esclusa contro la medesima. L'avviamento dell'inquisizione speciale è nel processo austriaco un atto del Giudice inquirente, sul quale egli deve assumere apposito conchiuso scritto, e motivato, ed allegarlo agli atti (§ 148). Ora, essendo lecito all'imputato in virtù di quel Regolamento di gravarsi da ogni disposizione del Giudice inquirente da cui si crede ingiustamente leso (§ 64), niun dubbio, che questo rimedio di diritto ei possa esperirlo eziandio contro il conchiuso del Giudice inquirente che decreta l'avviamento dell'inquisizione speciale. Che anzi il § 68 concede espressamente il ricorso in Appello ed in revisione contro tale conchiuso, locchè non è di regola ammissibile negli altri gravami contro l'operato del giudice inquirente, pei quali è soltanto ammesso il ricorso al Tribunale Criminale di prima istanza, ed al Tribunale d' Appello. Nè fa ostacolo all' uso di tale facoltà la circostanza, che il conchiuso del Giudice inquirente sull'inquisizione speciale non viene ordinariamente intimato all'imputato, nè l'altra che il Tribunale stesso può sulle relazioni del Giudice Inquirente (§ 63) impedire l'inquisizione speciale mediante conchiuso di desistenza (§ 197), anche senza interposta querela dell' imputato (G).

§ 134. *Fonte degli argomenti di difesa contro l'inquisizione speciale.*

Gli argomenti della difesa contro l'inquisizione speciale risiedono:

I. nella mancanza della condizioni necessarie all' avviamento della inquisizione speciale (1), come, se il difensore possa mostrare (2) *a*) che non sussiste delitto, o che il fatto non è delitto secondo la legge (3), *b*) che ii fatto non è abbastanza stabilito come tale, e che il materiale del reato non fu nemmeno reso verosimile, *c*) che non sussistono sufficienti indizii contro l' imputato, nel che il difensore mostrerà la nullità dei prodotti, ed il difetto di efficacia probatoria dei medesimi, *d*) ed ove la legge esiga che l' inquisizione speciale sia riconosciuta necessaria dal tribunale superiore, che questo riconoscimento non ebbe luogo.

II. Tutti quei motivi i quali escludono totalmente il diritto alla pena sono in pari tempo argomenti di difesa, perchè il processo ne viene qualificato non necessario, come *a*) se il difensore possa richiamarsi alla necessaria difesa, oppure a decorso termine di prescrizione, o *c*) possa dimostrare l' esistenza di uno stato che esclude l'imputazione, per es. mapia, ubbriacchezza, *d*) o dimostri che l' imputato per assenza dal luogo del fatto si è trovato nella impossibilita di esserne l' autore, oppure *e*) se additi un errore intervenuto nella persona.

III. Del pari questa difesa rinverrà argomenti in quei difetti della precorsa procedura dai quali emergono nullità, come per es. se il processo fu condotto da giudice incompetente od incapace, o se furono illecitamente applicate pene contumaciali ecc. (4).

IV. Eziandio si può secondo le circostanze desumere un argomento di difesa da ciò che per la legge o per la consuetudine del foro il fatto di che si tratta appartiene a quelli pei quali non si dà speciale inquisizione (5).

(1) *Bauer, Proc. pen.* § 232. *Bauer, Guida alla pratica criminale* § 80 Anche i motivi della inquisizione devono essere esaminati dal difensore in quanto al loro fondamento legale. Vedi il mio *Proc. pen.* parte II, § 106 112. Vedi anche *Hermann, Saggio di una guida* § 33.

(2) Qui si presenta pure sovente occasione opportuna di ricusare il giudice, cui è affidata l' inquisizione. Vedi *Cod. bav.* art. 33.

(3) *Code d' instruction*, art. 299. n. 1.

(4) Quindi vi sarà un fondamento di difesa secondo il *Code d'instruction* art, 299. n. 2 e 3, quando si possa dimostrare che non fu sentito il Pubblico Ministero, o che i giudici non erano nel numero legale.

(5) Vedi il mio *Proc. pen.* parte II, pag, 104. *Gërstacker, Saggio*, I, pag. 71. *Marschner, Guida* § 86.

§ 135. *Modo di istituire questa difesa.*

Per ciò che riguarda il modo di istituire questa difesa, ella consta delle stesse parti di cui la difesa principale. Nella narrazione debbesi citare intorno al fatto ed al suo autore solo quanto è necessario onde conoscere ambedue. Ma allorquando si vuol dimostrare che l'imputato non commise il fatto questo può essere ommesso del tutto nella narrazione. Al contrario, se il difensore dirige la sua difesa a dimostrare che il fatto non è delitto secondo la legge vigente, egli verrà esponendo nel modo più favorevole all' accusato il complesso delle circostanze di quello nella vera loro connessione; non farà poscia che accennare come il suo difeso sia stato incolpato di un determinato delitto che verrà brevamente indicando. Se il difensore possede tali argomenti i quali dimostrano non potersi giuridicamente punire l' imputato, la sua difesa si governa alle regole della difesa principale. La posizione della *quæstio* è pur qui necessaria, ed il difensore dimostra 1. o che per difetto delle condizioni necessarie onde avviare l'inquisizione speciale, questa non può avere luogo, oppure 2. che esistono motivi i quali dichiarano inammissibile in diritto la punizione dell'imputato, oppure 3 che per vizii incorsi nella procedura la continuazione della medesima non può ammettersi. L' argomentazione si attiene alle regole generali già sopra stabilite,e la chiusa conterrà segnatamente la domanda *a*) che si annulli l'avviata inquisizione speciale, per mancanza di buone ragioni, oppure *b*) che dessa non abbia luogo del tutto.

§ 136. B). *Delle altre difese durante l' inquisizione.*

Il numero delle conseguenze pregiudizievoli all' imputato che possono emergere dagli atti processuali determina pur quello delle difese (1). Così può darsi difesa onde rimuovere *a*) l' arresto (2), *b*) il rilascio di lettere di cattura, *c*) (anticamente) la tortura, *d*) l'esame articolato, *e*) il confronto ecc. (3) L' uso del foro introdusse tali difese in alcuni paesi: moderne legislazioni le hanno vietate o perchè *a*) egli è facilmente possibile un esame da parte del giudice prima di sancire quelle conseguenze, o perchè *b*) queste non sono nè essenziali nè importanti, o perchè *c*) l'ammissione di tali difese formali trarrebbe seco soverchie lungaggini. Nei paesi in cui elle sono permesse il difensore desume i suoi argomenti di difesa dalle condizioni legali di ognuno degli atti, che vuole impedire. La scrittura di difesa dopo un breve esordio ed una concisa narrazione di ciò che è indispensabile alla cognizione dell' imputato e

(1) *Soden, Spirito della legislazione penale* § 660.

(2) *Quistorp, Principj* § 661.

(3) *Eschenbach, De defens. pro avert. confrontat. Tittmann, Man.* IV pag. 538. *Nuova edizione* III, pag. 415. *Meister, Tratt.* pag. 221.

del fatto, stabilisce la *quæstio*, la quale è determinata dall' intento dei difensore di mostrare che la temuta conseguenza non può aver luogo legalmente, e la domanda successiva all'argomentazione consiste in ciò che non si ordini essa conseguenza, o che si tolga e si cassi la già ordinata.

Molte di queste difese non consistono che in una deduzione di gravame, come se il difensore si rivolga al tribunale superiore a cagione di illegale imprigionamento o di rifiuto dell'accettazione di una offerta cauzione. Il difensore chiarirà però in tal caso (onde tralasciare inutili gravami), se l'arresto fu inflitto a motivo di pericolo di fuga o per collusione (1). Nel primo caso l' opera del difensore sarà rivolto a dimostrare: 1. che il delitto imputato non giustifica per la sua entità l'infizione dell' arresto (2): oppure 2. che il sospetto elevato non è grande abbastanza perchè si infligga l' arresto ad una persona (3) : 3. che le relazioni personali dell' imputato, il suo stato, la sua carica, le sue condizioni di beni e di famiglia si oppongono a qualsiasi timore di fuga, o 4. che la sua precedente condotta dilegua per se sola il sospetto (4): 5. che l'offerta cauzione assicura abbastanza (5): Egli è qui eziandio spesse volte opportuno 6. che il difensore cerchi di addurre motivi, pei quali l' inflizione della pena debba venire esclusa (6). La difesa contro il confronto riposa per verità sull' erroneo supposto della disonorevolezza di questo atto (7), ma laddove la legislazione esclude od esime dal confronto certe persone (8), potrebbe tornar conveniente un gravame ai giudici superiore per illegale ingiunzione del medesimo — Se temesi un giuramento purgatorio illegale (9) (*), la difesa ha per iscopo di dimostrare (10), che il sospetto pel quale il giuramento vuol essere imposto, è tropo tenue, (11) 2 che il materiale de reato

(1) *Tittmann. Man.* III, § 695. Il mio *proc. pen.* I, § 72-74.

(2) *Quistorp. Princ.* § 645. *Tittmann, Man.* § 697. *Bauer, Guida alla pratica criminale* § 79.

(3) Art. 11, 218 CCC.

(4) *Hermann, Saggio di una Guida* pag. 84.

(5) Il mio *Proc. pen.* parte I, § 76.

(6) Vedi anche *Hermann, l. c.* pag. 86 in not.

(7) *Stübel, Proc. crim.* § 2063. *Tittmann, Man.* III, pag. 419. Il mio *Proc pen.* I, § 83 e 84.

(8) Per es. genitori e figli, conjugi.

(*) Il giuramento purgatorio sconosciuto al Regolomento dei processo penale austriaco del 29 Luglio 1853 suolsi ammettere nel processo inquisitorio, affinchè un inquisito contro il quale esistono parecchi indizii non ancora dileguati possa giustificarsi, equivalendo il rifiuto del giuramento a nuovo indizio. Esso è soltanto sussidiario nè può essere imposto allorquando esiste già una prova, o quando si può sperare di scoprir, ed è preferibile intanto una *absolutio ab instantia.* (Vedi Mittermaier. Proc. pen. ted §178). (G)

(9) *Bauer, Guida* § 82.

(10) Vedi esempli in *Gerstäcker, Insegnamento* II, pag. 376.

(11) *Quistorp. Princ.* § 678. *Tittmann, Man.* III, § 863.

non venne mai completamente provato, 3 che la prova di discolpa condotta dall'imputato fu tale che ne deve conseguire piena assoluzione. 4 che circostanze le quali concorrono a stabilire l'innocenza non furono debitamente investigate. (1) Del resto può essere spesse volte vantaggioso all'imputato il quale può prestare il giuramento purgatorio, con pura coscienza, che lo si ammetta al medesimo, intorno al che voglionsi ponderare attentamente le circostanze del caso dopo averne parlato coll'imputato stesso (*).

(1) Intorno a questi capi di difesa vedi *Hermann*, *Saggio* pag. 93-98.

(**) Difesa non formale, ma materiale mediante querela al Tribunale di I. Istanza, e ricorso in Appello, è accordata dal Regol. proc. pen. austr. 29 Luglio 1853 contro tutte le disposizioni del Giudice inquirente, da cui l'imputato si ritiene gravato (§ 64. 68). (C)

FINE.

APPENDICE

ESEMPIO DI SCRITTURA DI DIFESA CONTRO UN' ACCUSA DI UCCISIONE

ESTRATTO DEGLI ATTI

Il giorno 13 Ottobre dell' anno 1813 fu denunciato al Tribunale di W. essersi rinvenuto il contadino Giuseppe Merz ferito e moribondo nel suo campo in vicinanza di una siepe, e nello stesso tempo si presentò al Tribunale Gaspare Reichart, qualificantesi autore del fatto. Il Tribunale aprì l' inquisizione coll' esame di Reichart, il quale depose: essersi egli la mattina di quel giorno, verso alle ore sette, recato nel suo campo per dar l' ultima mano ad un lavoro incominciato intorno alla siepe; quivi essergli comparso dinanzi il Merz, che lo apostrofò con queste parole: ora, finalmente, sei nelle mie mani, o maruiolo. Soggiunse che allora ei venne ad alerco col Merz, al quale rimproverò quel modo di parlare, e che quando questi lo minacciò di uno schiaffo e s' avanzò verso di lui, stringendo il pugno, egli, esacerbato dalle ingiurie, e quasi fuor di sè per la presente minaccia, gettollo a terra e gli diede un pajo di colpi col pugno » — Quando fu partecipato a Reichart che Merz era vicino a morire, egli dichiarò non averci colpa, dacchè non avea fatto che gettarlo a terra e dargli dei pugni, senza peraltro pensare alla possibilità di nuocergli. — Assuntasi l' ispezione locale, si trovò nel luogo del fatto un ramo acuto, sporgente dalla siepe assai vicino al posto dove il Merz giaceva. Il Tribunale tentò di esaminare il Merz ormai già molto aggravato, per sapere se Reichart lo avesse afferrato, gettato a terra e percosso. Alla domanda se egli pel primo avesse diretto parole ingiuriose al Reichart, il Merz, che per la debolezza non poteva più parlare, fece cenno di sì.

La mattina del 15 fu riferito, che l'offeso in quella mattina istessa era morto. Il medico del Tribunale, fatta la sezione del cadavere, emise il parere, che il defunto era soccombuto in conseguenza di uno stravaso, e di una lesione alla regione della *tempia* destra cagionata da un oggetto acuto.

Sottoposto ad un secondo esame, l'imputato depose: il suo nome essere Gaspare Reichart, avere 29 anni, essere figlio di un contadino di L., i suoi genitori essere stati poveri, non saper leggere nè scrivere. Narrò che fin dall' età di 12 anni, dopo la morte de' genitori, egli guadagnava la vita col servire: che dipoi si ammogliò ad una vedova in W. nel qual luogo fissò domicilio come agricoltore: che due anni addietro egli aveva avuto a che fare col Merz, che questi allorquando ambedue servivano in P . . . . maliziosamente lo accusò di rissa, senonchè il Tribunale ebbe a riconoscere la sua innocenza. D' allora in poi Merz lo aveva continuamente provocato, nell'osteria gli avea detto ingiurie, e per mera malvagità non avea lasciato sfuggire occasione di fargli del male.

Nel terzo esame l' imputato raccontò: la sera del 12 Aprile essere corso precipitosamente da lui Wenzel garzone di servizio e suo amico, narrandogli aver udito che il Merz avesse intenzione di uccidere lui, Reichart, quando lo incontrasse tutto solo: Wenzel averlo consigliato a starsi bene in guardia e a difendersi contro un nemico sì pericoloso: essere egli andato il 13 Aprile nel suo campo di buon mattino verso le sette, e, per le cose precorse, avergli incusso timore la vista di Merz. Allorchè costui gli si fece incontro, lanciandogli ingiurie ed alzando persino la mano minacciosa, egli pieno di ansietà e di paura rovesciò a terra l'avversario, dandogli due pugni, e poi se ne fuggì. Disse di non aver mai nemmeno pensato d' uccidere il Merz. »

Nel quarto esame depose: » il primo di Aprile dello stesso anno Giuseppe Wenzel avergli detto che Merz lo aveva accusato al Tribunale di una truffa nel commercio dei grani, soggiungendo poi ch'egli si sarebbe reso benemerito della comune, bastonando il Merz. Disse che due giorni dopo, Gaspare Meyer si era recato da lui, consigliandolo a non soffrir più con tanta pazienza, poiche Merz non cessava d' offenderlo e le cose andrebbono ogni di peggio, se egli non lo rintuzzasse, ed affermando esser lecito fare del male ad un uomo, che tormenta continuamente gli altri ».

Il protocollo giudiziale nota, che Reichart si mostrò sempre quieto e dolente, e propriamente come uomo che dice la schietta verità.

Giuseppe Wenzel e Gaspare Meyer nei loro esami confessano d'avere istigato e lusingato in ogni maniere Reichart, perchè essi pure non potevano più sopportare il Merz.

Mattia Angermayer e Nicola Sthefan, ambedue agricoltori depongono giuratamente che Merz era realmente un uomo assai vendicativo e rissoso, e che provocava continuamente il Reichart.

Giuseppe Endter, e Michele Reibelt dichiarano con giuramento che Reichart è un uomo pacifico, un buon uomo, che non ha mai fatto male a nessuno, e del quale non si può dire che bene. Reibelt aggiunge che Reichart è molto timido, ciò che altri testimoni pur confermano.

Regio Tribunale Bavarese di W.

§ 1. Per soddisfare debitamente all' incarico da questo regio Tribunale affidatomi; io presento nel termine dalla legge prescritto la scrittura difensionale per l'accusato Gaspare Reichart.

§ 2. Gaspare Reichart (è questo il nome dell' infelice la cui difesa mi è commessa) nato il 5 Agosto dell' anno 1784, è prole di un povero ma onorato contadino di L. . . . . , il quale non potè dare al proprio figlio altra istruzione che il buon esempio e la pietà, nè lasciargli altro retaggio fuorchè una fama illibata. Alla morte dei genitori, nella età di soli 12 anni la povertà lo pose in mezzo a gente sconosciuta, che, senza curarsi del povero fanciullo, abbandonollo interamente in balia del proprio destino. Povero, ma onesto, e pio senza superstizione, virtuoso, diligente e servizievole, Reichart s' acquistò le lodi del suo padrone, e l' amore de' suoi compagni. Sovratutto si apprezzavano in lui una non comune bontà d' animo ed una tranquillità di spirito, che allora specialmente si manifestavano, quando con pace e rassegnazione sopportava le fattegli ingiurie. Erano singolari nel suo carattere la timidezza che soffocava in lui ogni energia d' azione e lo portava a fuggire ogni più lontano pericolo. Epperò egli era sovente oggetto delle burle e del motteggi dei compagni cattivi e insolenti che lo tacciavano di vigliaccheria e coglieva no sempre il destro di tormentarlo.

§ 3. Tra le persone cui la placidezza di Reichart eccitava a frequenti molestie primeggiava Giuseppe Merz, quell' istesso che divenne poi l'oggetto del malaugurato avvenimento, che gettò in un carcere l'imputato. Merz serviva in P . . . vicino a Reichart il quale schivava con sollecitudine quest'uomo conosciuto nel circolo de' suoi compagni per rissoso vendicativo ed inurbano. Ma il primo pareva che per invidia o per ispirito di vendetta non volesse perdonare al compagno Reichart un animo si tranquillo, e la malvagità di lui giunse a tal segno da accusare Reichart al Tribunale, come autore di una rissa avvenuta in una taverna. Reichart soggiacque a un processo penale, e sarebbe stato anche condannato, se non gli fosse riescito di provare con irrefragabili testimonianze la propria lontananza dal luogo del fatto nel giorno in cui avvenne, e con ciò la propria innocenza; — egli riportò un certificato d' innocenza. Da quel punto Merz non pensò che a nuove occasioni di far del male a Reichart; gli faceva frequenti minaccie nell'osteria, scagliava su di lui le più volgari ingiurie, e non di

rado osò persino di batterlo. Tutti i testimonj ch' ebbero opportunità di vedere in queste scene Merz e Reichart, unanimamente confermano il contegno tranquillo e veramente degno d' ammirazione con cui quest' ultimo sopportava qualsiasi oltraggio. Reichart passò a W. . . . ; quivi si ammogliò ad una vedova, e sperò d' essersi una volta sottratto al suo persecutore; — Ma questi lo seguiva, e qualche mese dopo comperava anch' esso in W. . . . un podere. Le inimicizie cominciate in P. . . continuarono. Reichart doveva soffrire quasi ogni settimana nuovi scherzi ed oltraggi da parte di Merz, ma ei li sopportava con quell'istessa freddezza e calma di cui avea fatto prova in P. . . . I suoi più intimi conoscenti in W. . . . erano i due servi Giuseppe Wenzel e Gaspare Meyer. Questi due nudrivano un odio particolare contro Merz, lo che li muoveva a dipingere con esagerati colori al credulo e troppo pauroso Reichart i pericoli onde era minacciato da parte di Merz, e a riscaldare il suo animo. Wenzel recossi da Reichart il primo di Ottobre, e gli confidò che Merz lo aveva nuovamente accusato di truffa nel commercio dei grani, ed accompagnò questo avviso con esortazioni stringenti a farsi benemerito del Comune col punire una volta quel malvagio, suscitando per tal guisa odio e vendetta nel cuore pacifico di Reichart. Meyer continuò due giorni dopo l' opera incominciata da Wenzel. Egli si fece a rammentare a Reichart tutte le afflizioui recategli da Merz, e a dipingergli a vivi colori le ingiurie patite, dimostrandogli, che il suo nemico non desisterebbe, ove ei non si vendicasse; tentò di palliare l' ingiustizia che in questo modo d' agire Reichart avrebbe potuto ravvisare, adducendo il pretesto della difesa, cui natura permette a chiunque, anzi a chiunque impone. Il 12 Ottobre, la sera prima del fatto, Wenzel ritornò da Reichart, riferendogli che Meyer aveva oramai udito egli stesso il Merz pronunciare la minaccia di uccidere Reichart la prima volta che lo scontrasse da solo; lo avvertì replicatamente di guardarsi da quel suo nemico e persecutore, e lo esortò a liberarsene.

§ 4. Offeso dagli scherni e dalle ingiurie incessanti del suo nemico, concitato a passione dalle esortazioni di Wenzel e di Meyer, pieno il cuore di paura alla sola idea della minaccia di Merz, Reichart si recava la mattina del 13 ottobre nel suo campo per compirvi un lavoro che, già da due giorni aveva intrapreso alle siepi. Qui gli si presentò dinanzi il Merz: tutte quelle cose che gli amici gli avevano raccontate si affollarono allora d'un tratto nella sua mente. Il pensiero delle continue afflizioni patite per tanti anni mise in concitazione l' animo di Reichart, ridestò in lui la rabbia dei torti sofferti, e le parole di Wenzel gli fecero scorgere in Merz il persecutore che voleva dar capo alla fatta minaccia. All' esacerbazione dell'animo fu pari l'ansietà, allorchè Merz gli si fece incontro, lo ingiuriò, alzando anche la mano contro di lui. In quel momento venne meno in Reichart quella calma di spirito che il pover

uomo avea saputo conservare per tanti anni; la piena del sentimento lo vinse; e Reichart fece quello che ogni uomo di lui men pacifico e più appassionato molto prima avrebbe fatto; spinto dalla voce della propria conservazione, che in nessuno è mai spenta, abbrancò l'avversario e, gittatolo terra, per renderlo momentaneamente innocuo, e potersi salvare colla fuga, nello sbalordimento e nella confusione in cui si trovava fra l'ansia e la collera, gli diede qualche colpo di pugno, dopo di che Merz cadde a terra. Reichart fuggì; Merz balzò di nuovo in piedi per inseguirlo, ma, sdrucciolando sul lubrico terreno, vi ricadde di bel nuovo.

§ 5. Reichart non scelse il luogo per quell'incontro; il caso avea fatto senza colpa di Reichart quello a cui questi diede tutt'al più occasione. Merz, nella seconda sua caduta, diede del capo nella siepe d'onde sporgeva un ramo acuto, appuntato, e due giorni dopo egli espiava il suo fatto colla morte cagionata dalla lesione in quel modo ricevuta. L'animo di Reichart era troppo puro e troppo nobile, perchè vi abbia potuto radicare un pensiero di vendetta; scampato appena colla fuga alla sorpresa di Merz, ritornò la calma al suo spirito, tacque la voce della passione, e Reichart sentissi tormentato dall'idea di essersi difeso contro un pericoloso nemico che aveva assalito l'avversario inerme, locchè altri assai difficilmente avrebbe sospettato ingiustizia; e, per togliersi ogni rimorso, corse al Regio Tribunale, quivi raccontò col tuono della verità il fatto le cui conseguenze gli erano ancora del tutto ignote. Il suo contegno durante l'inquisizione fu quello di un uomo, che vuol confessare anche il più leggiero fallo, che nulla nasconde ai Giudici, e si merita la loro stima, persino quando sta loro dinanzi come accusato.

§ 6. Il difensore attenendosi strettamente al contenuto degli atti, e tenendosi lontano da ornamenti oratorii, esporrà gli argomenti di discolpa, che il fatto stesso somministra per dimostrare:

I. che l'azione di Reichart non può essere considerata che come crimine di lesion corporale;

II. che ella non è punibile per l'intervento della necessaria difesa;

III. che per ogni evento le molteplici circostanze miglioranti esigono che si applichi il grado minimo di pena. (*)

§ 7. A prima giunta, chi guardasse il cadavere dell'ucciso Merz, e in ritenere autore dell'avvenuta morte il Reichart, potrebbe forse inclinare a far cadere l'azione di Reichart sotto la legge penale intorno alla uccisione; ma chi peraltro, non sedotto dalle apparenze di una prima impressione,

(*) Il difensore poteva al certo credere che bastasse la prova della impunibilità, e quindi altre quistioni non si richiedessero oltre la 1. e la 2. Ma siccome le opinioni dei Giudici sono spesso differenti, è bene che il difensore provveda anche al caso, in cui l'imputato sia per essere dichiarato punibile ed estenda quindi anche a questo la sua argomentazione.

vede che Reichart fu gravemente afflitto e perseguitato da Merz, chi mette a paraggio il carattere rissoso e vendicativo di quest' ultimo colla calma e colla placidezza del primo, e tiene conto dei rapporti locali, sotto cui avvenne il fatto, non esiterà a pronunziare un giudicio che risparmj il Reichart, e si persuaderà non esservi stata che una semplice lesione corporale. Questa si distingue dal reato assai affine di uccisione pei seguenti caratteri: 1. che nella lesione corporale l'intenzione dell'agente non è diretta ad uccidere; 2. che, quando pure tal esito si verifichi, lo si deve considerare avvenuto accidentalmente e non mai in connessione causale colla lesione, nè come un effetto dell'azione intrapresa. E questi due caratteri intervengono appunto indubbiamente nell'attuale fattispecie, dappoichè *A* Reichart non ha agito coll'intenzione di uccidere, e *B* la morte di Merz non può considerarsi come una conseguenza imputabile dell'azione di Reichart.

§ 8. *Ad A* — Sebbene anche il Codice bavarese (art. 43) per togliere di mezzo le gratuite scuse dei delinquenti, abbia stanziato, che trattandosi di fatti contrarj alla legge, si debba presumere che la persona abbia agito con intenzione criminosa, tuttavia... il giudice deve andar cauto, tenendo conto di tutte le circostanze da cui si potrebbe indurre la verosimiglianza o la certezza del contrario. Ora le circostanze del presente caso, escludono le presunzione della prava intenzione diretta ad uccidere. Della qualità di un' intenzione profondamente celata e che ha sua radice nel più intimo dell' uomo, e intorno a cui non v'ha testimonio capace di deporre, allora soltanto è possibile giudicare, quando l' azione di colui alla cui intenzione si vuol argomentare si consideri in rapporto:

a) al carattere dell'imputato, e alla condotta da costui prima costantemente seguita,

b) ai motivi impellenti al fatto,

c) al contegno dell' agente durante il fatto,

d ai mezzi, di cui si valse,

e) al di lui contegno dopo il fatto.

Queste circostanze sono i termini intermedii necessarii a pronunciare un tale giudizio, e la qualità loro determina eziandio la conclusione intorno al carattere intrinseco dell' intenzione.

a) S' egli è vero che l'uomo non giunge al delitto che a poco a poco, che le nostre virtù, come i nostri vizii, non sono che l'effetto di un abito che si andò acquistando al bene od al male, se un delitto non può venire che da un'anima perversa, ne consegue, che si possa presumere la più criminosa delle intenzioni soltanto in un uomo, che abbia già dato prove di sua perversità, e della sua inclinazione a misfare, e le cui passioni ingenerarono quei desiderj, conseguenza dei quali è un fatto criminoso. Epperò un delitto alla cui perpetrazione si richiede uno sforzo particolare inteso a superare pericoli ed ostacoli, che è commesso in onta al potere,

e con pertubazione dell'ordine pubblico, non può attribuirsi che ad un animo, dedito a ferocia ed insolenza che non indietreggia dinanzi a difcoltà di sorta, e che di buon'ora si appalesa con attacchi ed offese, con risse e con temerità. Che se ciò mi è concesso (nè si potrebbe negare da chi conosce l'anima umana, e la potenza dei desiderii) allora per certo Reichart non può essere imputato di intenzione omicida. L'anima di Reichart è di quelle purissime cui mai non agita la procella delle passioni; pacifico e tranquillo fin dalla prima sua giovinezza, buono ed amorevole verso gli altri come ce lo dipinsero unanimi i testimonj, egli si conservò tale anche nella sua condotta verso di Merz, mentre costui, che da molti anni lo tormentava senza tregua, cercando persino di distruggerne la civile estimazione non giunse mai ad irritarlo e ad indurlo nella determinazione di toglier di mezzo il suo nemico. Tranquillità ed amor della pace, ecco le note distintive del carattere di Reichart, le quali escludono la presunzione di una intenzione omicida. Ma cotal presunzione perde vieppiù della sua forza, quando si rifletta all'indole dell'animo di Reichart direttamente contraria a violenza. Tutti i testimonii infatti ce lo dipingono un uomo pauroso e timido, che sfuggiva i pericoli, che era alieno da contese con chicchessia, e a tutto s'acquetava piuttosto che venire ad atti risoluti, e mostrare al nemico provocatore la fronte ardita, e quell'ira generosa che non può sopportare l'ingiuria. Questo medesimo Reichart, su cui pesa ora il sospetto di un delitto ogni cosa soffrì da parte di Merz, ed una innata timidezza accoppiavasi in lui ad un cuor puro a trattenerlo da qualsiasi passo violento. Sarebbe in aperta contradizione colla pusillanimità di Reichart supporre in lui una deliberazione d'uccidere, che esige energia, ed affronta qualsiasi pericolo. Si violerebbero le regole del ben giudicare e la comune esperienza intorno alle mire di un delinquente, qualora si volesse supporre, che *a*) un uomo tranquillissimo ed insieme di cuor nobile e mansueto, e *b*) di più, timido e pauroso abbia potuto commettere un delitto con intenzione omicida, e mediante violenta aggressione.—Il carattere individuale di Reichart esclude pertanto il nesso tra una prava intenzione e il suo operato.

b) Singolarmente poi a spiegare l'intenzione di un delinquente valgono quei motivi che si presentano plausibili del suo operato, epperò a buon diritto si attribuirà l'intenzione di uccidere a chi ammazza alcuno per vendetta lungamente nodrita, o per gelosia profondamente irritata, dacchè tali affetti impellenti si estinguono solo nel sangue del nemico. Ma le cause dell'agire di Reichart furono ben altre. Egli non serbava in cuore contro Merz vendetta o passione di sorta, un anno intero di silenzio, frutto della sua tranquillità e forza d'animo ne prova l'assenza. Soltanto la paura d'essere una volta assalito e trucidato dal Merz era quella, che, dopo i discorsi fattigli da Wenzel e Mejer, negli ultimi giorni continuamente lo angosciava. Così, non credendo di incontrare il

Merz nel suo campo, egli vi si recò la mattina del 13 corrente Ottobre; là affaccioglisi d'improvviso il vecchio suo nemico: la paura e la memoria delle udite minaccie si impadronirono di lui, e gli fecero seriamente pensare alla propria salvezza, allorquando Merz effettivamente gli si avvicinò, si fece ad insultarlo, ed a minacciarlo. In questa situazione, non altro rimaneva a Reichart che respingere da sè l'avversario e con pronta fuga salvarsi.—Egli non pensò far altro; rimuovere da sè il nemico per guadagnar tempo fuggendo fu il suo desiderio, il quale, mancando lo stimolo della passione della vendetta, non poteva produrre il pensiero di uccidere; e Reichart infatti ricorse al mezzo più mite che al momento gli si presentava. Or bene, chi mai potrebbe nel caso nostro, in cui l'agente è un uomo timido, che cerca appena di salvarsi colla fuga, e non mendica il pretesto della necessaria difesa per isfogare le proprie passioni, chi potrebbe, io dico, a questo pusillanime attribuire l' intenzione di uccidere, senza rompere il nesso naturale tra causa ed effetto?

c) Anche l' esame delle minori circostanze del fatto somministra al giudice indagatore la chiave per scoprire l' intenzione dell'agente; ma Reichart non teme nemmeno codesta pietra di confronto. Chi da una parte considera il contegno dell' omicida deliberato, che, mosso da rancori a lungo nodriti, spia il destro di sorprendere la propria vittima, che, non padrone delle sue passioni, lascia presentire colle minaccie l'impeto de'suoi appetiti, e, preventivamente calcolando tutte le conseguenze del suo operare, studia a sangue freddo il tempo e il luogo in cui, inosservato, e sicuro di non essere scoperto, consumare il misfatto, e s' affretta sul campo del delitto colle armi più idonee allo scopo, e là uscendo dall' agguato, afferra la vittima e con un colpo micidiale la rovescia a terra, chi da una parte considera cosiffatto omicida, e dall' altra lo sciagurato Reichart il quale, pio e pacifico, sfugge sempre il nemico, trema innanzi ad ogni ombra di pericolo, e in quella mattina stessa, benchè temendo incontrarsi col suo avversario, esce per le proprie facende senz' armi e paventa alla vista del persecutore, da cui investito secondo l' istessa confessione del moribondo, scorge unico scampo nella fuga, limitandosi a rintuzzar l' avversario e sbalordirlo con pugni, — colui non potrà al certo mettere in una medesima classe Reichart e l'omicida testè descritto, a meno che sia straniero a ogni sentimento umano, nè comprenda il gioco delle umane passioni, e rifiuti ogni regola di logico dimostrare.

d) I mezzi, onde si valse l'agente, sono per fermo eloquenti testimonii della sua intenzione; epperò l' arma micidiale che nella mano dell' omicida fu strumento di vendetta è una prova dell' interna intenzione di uccidere. Ma chi credesse poter trovare rispetto a Reichart di tali prove di prava intenzione, molto mal s' apporrebbe. — Reichart non aveva armi con sè, giacchè non pensava alla possibilità di una sorpresa, e, di più, perfino quando fu assalito, nella sua intenzione esse non gli

erano necessarie. Reichart non si servì che delle proprie mani per tener lontano il nemico, dandogli un pajo di colpi. Se vi ha caso in cui sia lecito concludere dai mezzi adoperati alla inesistenza di intenzione omicida, è certo il presente, in cui fu scelto *a*) il mezzo più mite, *b*) quello che primo si offriva, *c*) un mezzo in fine che non si può considerare arma micidiale.

e) Per ultimo, a buon diritto si ravvisa anche nel contegno dell' imputato posteriormente al fatto un argomento per scoprirne l' intenzione, dacchè una passione, fortemente concitata tradisce sè medesima, e invece soddisfatta pensa al modo di nascondere la commessa ingiustizia, e di sottrarla all'occhio dell'investigatore. Il contegno di Reichart posteriormente al fatto ne chiarirà pure la sua intenzione. — Appena trovossi egli sicuro dall' aggressione del suo inimico, si risvegliò in lui con raddoppiata energia il sentimento della rettitudine; il dubbio d'aver mal fatto persino col respingere da sè l' avversario, e di avergli arrecato qualche danno angosciò quell' anima immacolata, e, per purgarsi d' ogni colpa, egli si consegnò tantosto al Tribunale, confessando l' accaduto colla voce della verità. Soltanto quegli, la cui coscienza è pura, e che non nudrì mai pensiero omicida, può agire con tanta schiettezza, sventando così ogni sospetto che si volesse elevare contro di lui. Reichart è pertanto da ritenersi scevro del sospetto d'intenzione omicida; ciò deve dirsi egualmente.

§ 9. *ad* B) *Se si consideri il nesso tra l'azione di Reichart e la morte di Merz.*

Essenziale al reato d' uccisione si è l' estremo, che una lesione avvenuta abbia prodotto la morte verificatasi. Vi debb' essere pertanto tra l' azione del delinquente e la morte un tal nesso, per cui questa possa ritenersi conseguenza *a*) immediata di quella, oppure *b*) mediata, ma facilmente prevedibile. Or bene, si guardi al modo d' agire di Reichart e soltano emergerà, che *egli ha dato qualche pugno all'avversario, e lo ha rovesciato a terra.*

Qui cessò la di lui attività; ciò che di più grave posteriormente accadde fu opera del caso, di cui l'accusato non è responsabile. La malaugurata circostanza, che precisamente nel luogo, dove Reichart gettò a terra il proprio avversario, sporgesse dalla siepe un ramo accuminato produsse quell'evento, che fa pesare su di lui l'imputazione d'omicidio. — Questo accidente è il solo termine di congiunzione, che leghi l' azione di Reichart colla morte di Merz. Se non che qui appunto vien meno la imputazione delle conseguenze avveratesi, perchè non ne sussistono tutte le necessarie condizioni. — Si esamino le circostanze di fatto del caso attuale, il contegno di Reichart e l' esito avuto, e di leggieri il tutto si decomporrà in due relazioni ben distinte: *A* il fatto dell'aver Reichart dato alcuni colpi a Merz, in conseguenza de'quali quest'ultimo cadde a terra, *B* la seconda caduta di Merz, per effetto della quale egli diede del capo

contro il ramo sporgente dalla siepe. Quanto al primo punto, i colpi dati da Reichart non si possono in modo alcuno ritenere causa efficiente della morte di Merz; che anzi erano per sè stessi insufficienti a produrre la morte, e non la produssero in fatto, poichè secondo il giudizio peritale, ei morì in conseguenza di una lesione alla regione temporale destra. Lo stravasamento fu l'effetto di una lesione esterna che dovette essere arrecata da un oggetto acuto, ma Reichart non si valse di armi, sibbene soltanto delle proprie mani, con cui gli era impossibile arrecare cotale lesione. Coi colpi di pugno finì l'azione di Reichart, ed unica conseguenza ne fu lo sbalordimento di Merz, che stramazzò a terra.—E qui appunto incomincia la seconda parte dell'accaduto. Merz, balza in piedì; mentre tenta di inseguire il Reichart, precipita di nuovo sul terreno reso sdrucciolevole dalla pioggia del giorno precedente, e cade sulla siepe da cui sporgeva un ramo acuto. Ecco l'oggetto acuminato di cui fanno cenno i periti; la lesione e lo stravasamento appajono sue conseguenze, e la morte di Merz è quindi l'effetto della caduta sulla siepe accidentalmente avvenuta.

Nessuno può ritenersi imputabile di una data conseguenza del suo operato se non *a*) quando egli volle immediatamente produrla, oppure *b*) quando fu conseguenza dell'aver egli intrapreso un'azione donde poteva facilmente prevedere che deriverebbe quel determinato effetto, e *c*) quando v'ha un nesso causale tra l'azione e l'evento verificatosi.

ad a) Richiamando alla mente il risultato di quanto sopra esponemmo ***sub. A.*** § 8 si fa chiaro che Reichart non *volle* uccidere, e però non ha agito con questa intenzione.

ad b) Tenendo dietro all'andamento dei singoli fatti succeduti sino alla morte di Merz si vede probabile che Reichart non abbia preveduto le conseguenze di sua azione, e quindi non l'abbia intrapresa in vista dell'ultime sue dannose conseguenze. I motivi di difesa addotti più sopra al § 8, merce i quali si rende più che inverosimil l'ipotesi della intenzione d'uccidere, tornano anche qui in acconcio per dimostrare che, se Reichart avesse potuto prevedere la conseguenza di sua azione, non l'avrebbe certamente commessa. Si può anche a dimostrare inverosimile che quella conseguenza potesse egli prevedere.

§ 10. 11. Se per tal modo si risguarda l'azione di Reichart come una semplice lesione corporale od anche come uccisione, si riesce ad un nuovo punto di vista, che dimostra l'impunibilità della medesima, provando la mancanza in lei di prava intenzione. Si può dimostrare che Reichart trovossi in uno stato di panico timore, e di privata difesa permessa dalle leggi. *Ognuno ha legale autorità di rimuovere colla forza privata quelle ingiuste violenze, e quei delittuosi attacchi alla sua persona od al suo avere, contro cui il soccorso dell'autorità o non può essere*

invocato in tempo, o non è insufficiente. Codesta lecita privata difesa consiste nel diritto 1. di respingere un attacco di già incominciato e 2. di prevenire un attacco sommamente minaccioso e prossimo ad avverarsi. Ora Reichart si è trovato appunto in questi ultimi caso, e tutte le condizioni che la legge esige nella necessari difesa sonosi per lui verificate.

§ 11 *A.* Allorquando Reichart si recò nel suo podere nel mattino del 13 ottobre, e Merz gli si parò dinanzi, cominciando coi vituperii, e tendendogli contro minacciosamente il pugno, allora era cominciato l' attacco contro Reichart, Merz stavagli dicontro come uomo risoluto, e a tutto disposto onde mantenere le sue antecedenti minacce. Il momento era decisivo, ogni indugio poteva dare una pericolosa pervalenza all'aggressore, e render ancor più difficile, o del tutto impossibile all' assalito il difendersi. Qui non rimaneva a Reichart che l' applicazione di mezzi preventivi, onde sventare nel suo germe il cominciato assalto ed impedire lo scoppio di aperta violenza. Egli avea fatto uso del diritto consentito dalla legge ad ogni cittadino di prevenire le violenze, diritto, che, intimamente legato con quello della difesa individuale, lungi dal comandare a chi si trova in pericolo di aspettare, gli permette invece di por argine al crescente pericolo, prima che si faccia troppo tardi. Il motivo che in generale giustifica la necessaria difesa nello Stato, trovava applicazione in questo caso, e la presenza di un attacco, contro cui non vi era più luogo all'intervento della pubblica forza, autorizzava all'uso della forza privata. Codesto attacco, la sola cosa che debba essere provata giusta l'espressione della legge, è qui fuor di dubbio, 1) per la stessa confessione dell'assalitore Merz, il quale alla domanda fattagli dal Tribunale, se egli avesse pel primo assalito Reichart con parole vituperevoli, chinò il capo in segno di affermazione. Per verità *a*) potrebbe taluno essere indotto a rifiutare questa attestazione, siccome invalida, perchè non formalmente, nè letteralmente deposta e *b*) a considerare la suggestiva domanda qual nuovo argomento di nullità ; ma *ad a*) se si riflette, α) che ogni deposizione di un morente nell' istante in cui la verità parla ad alta voce, e la menzogna s' arretra davanti al misterioso paese, che attende l' uomo al dì là della tomba, β), che Merz parlò contro ogni suo interesse, colla sua affermazione assolse il suo nemico, sicchè più eredibile ei diventa, e che γ) nella peculiarità del caso non era possibile alcun' altra risposta a lui che più non potea parlare, mentre del resto la legislazione renderebbe del tutto impossibile la prova delle necessaria difesa se a questo punto non si tenesse paga, — se tutte queste cose si riflettono, ogni dubbio sparisce intorno alla validità, della testimonianza di Merz, segnatamente ove *ad b*) si possa dimostrare, che anche l' avvenuta suggestione non torna pregiudizievole, e perchè α) ella fu necessaria nel caso, e perchè β) Merz non si dichiarò contro il suo nemico, ma bensi a suo favore, e perchè finalmente γ) in generale, trattandosi dei testimonii dell'innocenza,

il difetto delle formalità prescritte dalla legge nulla toglie alla loro credibilità. 2. A codesta prova dell'attacco da parte di Merz se ne associa un'altra non meno forte. Il codice bavarese (art. 130) comanda a colui, che si vuole richiamare a necessaria difesa, di fare la più pronta denuncia del caso occorso all' Autorità, e si è appunto questa denuncia che lo libera commessa dal sospetto di legalità. — Reichart ha adempiuto anche questa condizione: esso ha fatto immediata denuncia dell' avvenuto, ed ha quindi la presunzione della legge in suo favore, alla quale altre presunzioni ancora si aggiungono, risultanti *a*) dal confronto del carattere pacifico, e tranquillo di Reichart coll'indole testereccia e maligna di Merz, *b*) dalle anteriori minaccie di Merz, *c*) dalla ingenuità dell' animo di Reichart, nè hanno bisogno di alcuna spiegazione.

§ 12. *B*) Che se taluno volesse opporre alla nostra deduzione, che l'attacco di Merz fu di così poco momento che non si potea parlare di un vero stato di violenza e di necessaria resistenza che ne fosse conseguitato, quegli dovrebbe comparare le circostanze accessorie del caso, e le prescrizioni di legge, prima di pronunciare il suo giudizio,

1) A gran torto si perderebbe di vista, che Reichart dovette risguardare l'attacco con tutt'altro occhio da quello con cui lo avrebbe riguardato un altro più freddo osservatore. I discorsi di Wenzel e Meyer la sera precedente al fatto, le loro assicurazioni intorno a minaccie che Merz aveva pronunciate contro Reichart agirono sull' animo dell' imputato, e fecero assumere innanzi a lui un aspetto doppiamente terribile ad ogni atto minaccioso dell'avversario. Tutte le passate offese, tutte le precorse minaccie gli si pararono dinanzi allorquando Merz prese a parlargli oltraggiosamente, e gli protese il pugno. Reichart riconobbe allora la verità delle assicurazioni de' suoi amici, per lui avverossi caso di estrema pressione, ed il suo fatto fu giustificato, perchè il passato era sufficiente a dargliene motivo.

2) Oltracciò, se si ammette che Reichart era timido di natura, che questa timidità, per le antecedenti minacciose espressioni di Merz, cresceva di giorno in giorno, e gli dipingeva doppiamente grave il pericolo, che pertanto Merz gli appariva qual risoluto avversario, nè si dimentica, che nessuna legislazione da' nórme immutabili per ogni caso, ma sì comanda che si ponderino ogni volta tutte le singole relazioni, di ciascun caso, è facile riconoscere l' impunibilità di Reichart. Che anzi la legge bavarese (art. 130) dichiarando impunibile un' azione, nella quale siasi oltrepassati i limiti della necessaria difesa per soverchianza di prepotente timore, questa stessa disposizione debbe eziandio far risguardare il prepotente timore come una ragione, che giustifica persino le troppo pronta applicazione della forza privata nella necessaria difesa, perchè ogni prava intenzione, ogni coscienza del non diritto sparisce in mezzo ad un sommo timore, il quale distrugge del tutto i ritegni dell'ordinaria prudenza. Tutte

queste ragioni dimostrano ad evidenza, che nel caso di cui si tratta, esisteva per Reichart, il quale troppo vivamente roppresentavasi le minaccie del suo avversario, quello stato di violentamento, nel quale la legge permette ad ogni cittadino l'uso della privata difesa.

Sono le esperienze fornite della vita ordinaria intorno al nesso degli avvenimenti, le quali forniscono ai Giudici investiganti le norme, onde decidere della verosimiglianza. Ciò che nella vita abituale è inverosimile alla sana intelligenza dell'uomo, rimane tale anche pel Giudice, il quale deve su di ciò portare decisione. Se si recasse dinansi a persone del popolo il caso attuale e la domanda: se essi ammettano come probabile, che Reichart, allorquaudo si recò di buon mattino nel suo campo, e gettò a terra l'insolente nemico, potesse prevedere, che Merz sarebbe morto, certo unanime sentenza respingerebbe una simile supposizione). Ma l'accorto Giudice verrà nell' egual sentenza, ove rifletta *a*) che soltanto il ramo accidentalmente sporgente arrecò la morte, *b*) che Reichart non scelse il campo della lotta, *c*) ed ove consideri l'improbabilità che Reichart potesse anticipatamente investigare tutti i rami nella siepe, nè *d*) perda di vista che l'imputato, nel bollore della passione, nella quale agiva, non poteva misurare la direzione da prendere, onde gettare l'avversario sul ramo fatale. La dimostrazione di questi punti, onde stabilire che l'azione di Reichart nemmeno lontanamente non fu rivolta all'uccisione, e può giudicarsi tutt'al più una lesione corporale, involverebbe diffidenza dei Giudici, che devono decidere del caso attuale.

Ad) c). Che tra il modo di agire di Reichart come causa, e la morte di Merz come effetto non siavi alcun nesso, risulta chiaramente dalla superiore dimostrazione, e lo stravaso, presunta cagione della morte di Merz, non può essere stato cagionato dai colpi di Reichart, nè la caduta del primo sul ramo acuminato avvenne del pari con alcuna cooperazione del secondo.

Egualmente le altre condizioni legali della necessaria difesa sussistono pure, perchè l'attacco fu 1). illegitimo, 2) impreveduto ed inopinato per Reichart, 3) nè da lui cagionato in modo illecito, e. 4) rivolto contro un bene, la cui difesa è permessa dalle leggi. In riguardo a quest' ultimo punto ricorderà il Giudice le antecedenti circostanze, e riconoscerà quindi, che la precorsa minaccia dimostrava la pericolosità dell' assalto subito da Reichart, poichè dirigevasi alla vita di lui, e per la relazione fattane da Wenzel e da Meyer, la minaccia antecedente stava ancor fresca nella sua memoria.

§ 13. *D*) Finalmente Reichart ha osservato eziandio strettamente i confini di una lecita difesa. 1) Egli si è servito del più mite e meno pericoloso mezzo onde rimovere il pericolo. Onde giudicare, in quanto nel caso di necessaria difesa il mezzo adoperato onde rimovere il pericolo

fosse permesso, oppure oltrepassasse i confini legali, devesi necessariamente aver riguardo 1) ai personali rapporti dell' assalitore e dell'assalito, 2) alle precorse circostanze accessorie, e 3) alle peculiari circostanze di luogo e di tempo. — Ciò posto, mezzo il più mite si è quello, che *a*) permette di sfuggire all'assalto dell'avversario, e quindi la fuga è certacertamente tale. Ma poichè la fuga sovente non è possibile o non è compatibile colle relazioni dell'assalito, ed in ultimo risultato ella non fa il più delle volte che dare all'assalitore prevalenza, ed eccitare ancor più il suo furore, e spingerlo ad inseguire il fuggente, deve essere pur lecito l' uso *b*) di un cotal mezzo, il quale, benchè violento, riesca però a rendere innocuo l' assalitore, ed a rendergli impossibile una ripetizione dell' assalto nelle attuali circostanze. — Pertanto, la fuga, ed insieme una azione che rende prontamente innocuo l'assalitore, almeno per il momento e copra la fuga, tali sono i più miti mezzi, di cui alcuno possa servirsi nella necessaria difesa, e di questi Reichart si è appunto servito. Egli cercò di fuggire, quando il minaccioso avversario stavagli davanti, egli cercò di coprire la fuga arrestando il nemico, gettandolo a terra, e dandogli dei pugni, col che guadagnò il cammino, impedì, che l' esacerbato avversario si ripigliasse, e potesse afferrarlo, e più rabbiosamente scagliarglisi addosso. Fu il pensiero della propria salvezza, non già quello di recar danno ad altrui, che lo guidò nella scelta di que' mezzi (se pure può parlarsi di scelta in un uomo sommamente timido, il quale perde prontamente la facoltà di riflettere 2). La morte di Merz realmente susseguita non può fornire eccezione in contrario, perchè, siccome si è già osservato disopra, questa morte ebbe luogo in modo affatto accidentale, nè può in alcun modo porsi a carico di Reichart. 3) Che anzi la legge contiene una prescrizione favorevole all' accusato, supponendo essa, ogni qualvolta chi si trovò in caso di necessaria difesa ne faccia immediatamente denuncia all' autorità, che i confini legali di questa difesa siano stati osservati. 4) Ogni più lontano dubbio intorno alla punibilità dell' accusato rimove la prescrizione legale dell'art. 130, il quale pronunzia l' impunibilità pel caso, in cui, essendosi oltrepassati i confini legali della propria difesa, risulti delle circostanze come probabile, che l'assalito gli abbia oltrepassati per essere stato sorpreso da prevalente timore. Codesto timore, avendo sue radici nello stato naturale dell' animo dell' imputato, ed essendo rinvigorito dalle precorse circostanze, non può nel caso attuale venir messo menomamente in dubbio. Così il modo di agire dell' imputato racchiude in sè medesimo un argomento della legale sua impunibilità.

§ 14. IV Che se pur si volesse parlare di pena, rimanendo tuttavia in tal caso a discutere intorno alla sua commissurazione, vuolsi anzi tutto aver riguardo alle cause mitiganti generali o speciali che sussistono. Qui noi incontriamo il § 369, il quale rimandando al § 185, viene a ricono-

scere l' impeto di una passione siccome causa mitigante, e dispone, che ove una lesione sia accaduta in un tafferuglio, in una rissa, od altrimenti nel bollore della collera, la durata prescritta dell' imprigionamento debbasi ridurre al grado minimo, e persino diminuita fino alla metà di questo secondo le circostanze. Ora noi ci accigiamo a dimostrare: che *A*) la causa mitigante speciale dall'essersi agito nel bollore della collera deve ridurre la pena legale racchiusa fra 1 e 6 mesi ad 1 mese, e che *B*) l' esistenza di tutte le altre circostanze attenuanti enumerate al § 93 la deve ridurre di nuovo alla metà di quel grado più basso.

§ 15. *Ad. A*) Quand' anche non si volesse ammettere un caso di lecita privata difesa, negar non si potrebbe la situazione di prepotente accesso di collera in cui Reichart si trovava « L' uccisione nell' impeto della collera, (e lo stesso si addice anche alla semplice lesione corporale) è al dire di Feuerbach (nei suoi *Casi di diritto*), tal crimine, di cui anche le più nobili nature si possono rendere colpevoli. Quando il sentimento di un non diritto, vero od opinato, si è impossessato con violenza dell'animo, e come tempesta ha travolte seco tutte le ragioni dissuadenti e tutti i sentimenti contrarii, quando la collera influendo sull' immaginazione pone davanti agli occhi l' offensore in tutte le più odiose forme, donde nasce il desìo di vendetta, — allora assai facilmente l' azione che si sta per commettere e la deliberazione di eseguirla appajono la conseguenza non tanto di una rea volontà, quanto di un sentimento innocente, ed in sè medesimo nobile e retto. Codesto prepotente affetto si distingue 1) per l'eccitamento e la causa occasionale che di loro natura commuovono l' animo in un istante, e 2) per l' immediata esaltazione che realmente ne consegue, la quale agisce senza ponderazione e riflessione alcuna. Ambedue questi caratteri si riscontrano manisfestamente nel caso nostro.

1) Chi osservi col più freddo animo e colla massima imparzialità il povero Reichart nel suo campo, nel mattino del 13 ottobre, e si ponga ne'panni suoi, allorquando si vede comparir davanti colui che per più anni incessantemente lo tormentò, chi si ricordi dei precedenti discorsi di Wenzer e di Meyer, chi pensi infine che Merz assalse Reichart con vituperii, nè dimentichi la naturale timidezza di quest' ultimo, colui vorrà accordare al certo, che v' era qui tale uno stimolo ed un eccitamento, da fare uscir dei gangheri anche un uomo dell'animo il più tranquillo, e da destare la più forte esasperazione. La ricordanza del passato pone davanti alla mente in quell' istante tutte le sofferte molestie con nuovi colori, e l'ira frenata per anni spezza ogni ritegno e manda sossopra ogni anterior proposito, ed ogni pensiero di sofferenza. Timore ed ansietà si associano alle immagini attuali, il pensiero della propria salvezza raddoppia la sua forza, e l'infelice, il cui interno equilibrio è rotto, agisce senza sapere il come. Questa si è la particolar natura degli affetti, che dessi avendo lor radice

nel sentimento, soverchiano impetuosamente ogni limite ove quello sia da causa insolita infiammato, e contro volontà e senza averne coscienza ingigatiscono, nel che appunto risiede la cagione della minore imputabilità che loro corrisponde, non essendo l' uomo punibile che per non aver governato il sentimento prima che siffattamente infuriasse.

2) Anche il secondo carattere d' un prepotente affetto riscontrasi nell'odierno imputato. Mentre la nequizia con lento lavorio tesse la tela con cui inviluppare la sua vittima, elegge previdente e cauta i mezzi, il luogo, ed il tempo opportuni, onde consumare il suo misfatto inosservata e sicura, al contrario un violento affetto opera impetuosamente, siccome passaggiera espressione dell'animo concitato, senza apparecchi, e senza cautele, e profondamente deplorando il fatto dopo averlo commesso. In questo secondo quadro ognuno riconosce l'infelice Reichart, il quale per più anni sopportò pazientemente offese d'ogni sorta, ed un giorno solo pensò alla propria vita, e, benchè ammonito da Wenzel e da Meyer, si recò senza apparecchi e senz'armi nel luogo dove, scorse il suo persecutore, che si affrettò contro di lui, e con vituperii e minaccie confermò il suo nascoso timore, accendendo subita collera sentimento del malcontento da lungo tempo sopito. Ora il Giudice imparziale mira quest'uomo che teme per la sua vita, e che è da più anni acremente perseguitato, percuotere col pugno il suo nemico, e invece di vendicarsi, prendere la fuga. Qui risoluzione e fatto coincidono in un solo momento, e il pugno involontariamente proteso ha colpito l' avversario, prima che la dissuasione della ragione, e la voce della legge abbiano pótuto farsi sentire. In questo caso non occorre ulteriore spiegazione od analisi per dimostrare che si fu veramente un prepotente affetto che sospinse Reichart, ognuno ne sente l'esistenza, ed assolve il povero Reichart dalla pena ordinaria, rammentando la disposizione dell'art. 369.

§ 16. *ad B*). Se una legge, la quale vedendo l'impossibilità di dare una disposizione invariabile per tutti i casi possibili, prescrisse al Giudice un *maximum* ed un *minimum* della pena, provvide mai all'applicazione del *minimum*, questo è certamente il caso. Chi paragona le disposizioni degli art. 93, e 94 del Codice col modo d'agire di Reichart, trova senza dubbio esistente per lui ogni riguardo attenuamente.

1) La risoluzione di Reichart non è maturata lungamente, ma sorta per caso, in una commozione d'animo affatto incolpabile (art. 93 V), ciò è in un accesso di collera, suscitato da molestie quietamente sofferte per intieri anni, nè dal più grande timore di venir assassinato dal suo nemico.

2) A questo timore contribuirono non poco le insinuazioni dei compagni di Reichart (art. 93 11), i quali narrarono a lui credulo ed inesperto le minaccie del suo avversario, lo avvertirono, e gli dimostrarono la sua vita correr pericolo, e il fatto suo, quando si fosse sbarazzato del suo

nemico, non essere per incorrere biasimo di opera illecita, ma piuttosto approvazione d'azione permessa, e di beneficio reso a tutto il Comune.

3) Occasione non cercata ed inaspettata (art. 93 IV) produsse la risoluzione di Reichart, e la maturò istantaneamente, perchè egli non potea pensare al giorno in cui troverebbe il suo nemico nel campo, perchè questo nemico fu il suo assalitore, e gli diede quindi ragione di mettersi in salvo.

4) La condotta anteriore di Reichart è al dire di tutti i testimoni la migliore; Reichart è l'uomo più pacifico e più tranquillo del mondo ed in questo caso egli ha fatta mostra di tale suo animo *a*), scegliendo il più mite mezzo di salvarsi, o quello che era il meno dannoso al suo nemico, consegnandosi da sè medesimo al Tribunale, e confessando ivi veramente e circonstanziamente il suo operato. (art. 94 N. 4 e 8). Tutte queste circostanze sono altrettante prove della buona indole sua, cui non si può fare la benchè minima censura, sono argomenti per cui, se qualche pene applicar si debba, certo non possa essere questa che il minimo grado della pena legale.

§ 17. L'ufficio del difensore è compiuto. Egli non ha fatto che porre in connessione ciò che esisteva negli atti stessi, che Reichart medesimo confessò, egli ha paragonato il fatto di Reichart colle leggi, e dimostrato che Reichart è innocente della morte di Merz, che egli ha agito in istato di lecita privata difesa, e, ad ogni evento, in preda ad un prepotente affetto che lo discolpa, e merita quindi poco o nessuna pena del suo reato siccome accompagnato da molte e forti circostanze mitiganti.

Il difensore ha fatto il suo dovere, fedele alla verità, senza nulla sfigurare, o contorcere; — l'ufficio dei Giudici ora incomincia, ma il difensore dee sperare, che la rigorosa loro disamina non sia per trovare cose differenti da quelle che egli ha rinvenute, e propone quindi in nome dell' imputato l'umilissima sua prece, che Gaspare Reichart venga assolto da ogni pena criminale, o, se giustizia volesse punizione, sia condannato a leggiero imprigionamento.

N. *Difensore.*

NOTA DEL SIGNOR LUIGI BENZONI
SULLE CONDIZIONI ATTUALI DELLA DIFESA CRIMINALE NEGLI ALTRI STATI ITALIANI FUORI DEL REGNO LOMBARDO-VENETO

I moderni Codici di procedura criminale dell'Italia sono basati su quei principii di diritto e di equità, che sentiti dal popolo prima che dimostrati dalla scienza, furono accolti per la prima volta nella riforma delle leggi criminali sulla fine del secolo scorso incominciata in Toscana, e si trasfusero poi nel codice di istruzione criminale francese, il quale nei primi anni di questo secolo ebbe vigore nella più gran parte d'Italia.

Il processo accusatorio puro dell'antica Roma, che ben s'adatta a speciali condizioni politiche e a società robuste ed incorrotte non ha esempio nelle legislazioni criminali d'Italia. Il processo misto invece, e modellato sulla legge francese senza tuttavia adottare l'istituzione dei Giurati, si può dire comune a tutti gli Stati della Penisola (1), quando se ne eccettuino quelli del Papa, dove, ad onta delle antiche tradizioni romane e delle recenti liberali, riforme il principio inquisitorio, sanzionato già dalle leggi canoniche e dagli Editti dei Pontefici non mai rifiutato, è direttivo dell'intero processo nel Regolamento organico di procedura criminale del 5 Novembre 1831.

Se non che il processo misto, per la sua istessa natura, di varie modalità è capace, secondo che al principio inquisitorio ovvero a quello dell'accusa si concede maggiore importanza. Sotto questo rapporto è d'uopo riconoscere che in alcune leggi italiane il principio inquisitorio ha sviluppo che nel codice di istruzione criminale francese. Quest'ultimo ammette bensì una inquisizione scritta e segreta anteriore alla accusa, ma dessa non si esaurisce completamente in quello stadio del processo, e deve ritenersi una mera preparazione alla discussione finale della causa. In ciò il processo criminale francese fu seguito dalla

(1) Il processo misto fu accolto nel Codice di procedura penale pel Regno d'Italia del 8 settembre 1807; in quello della Repubblica e Cantone del Ticino del 15 luglio 1816; nella legge di procedura in materia criminale pel Regno delle Due Sicilie del 21 Maggio 1819; nel Motuproprio toscano del 2 agosto 1838; nel codice per gli Stati Sardi del 1847, e in quello per gli Stati Estensi del 14 dicembre 1855.

legge napoletana (1), dal codice sardo (2), da quello per gli Stati Estensi, 3 e dalla legge pel Ducato di Parma (4).

Ma i redattori del Codice di procedura criminale del Cantone del Ticino nello stadio inquisitorio del processo modificarono la legge francese, dalla quale già si era scostato anche il legislatore del cessato Regno d'Italia. Per il Codice Ticinese la istruzione esser dee completatamente esaurita prima che gli atti giungano innanzi al Tribunale, cui spetta ordinare la chiusura del processo, e rimettere l'imputato avanti al giudizio della decisione ovvero dichiarare la incolpabilità dello stesso, allorchè tale sia stata la conclusione fiscale (5); e non è che in via di eccezione che quella legge permette a qualunque delle parti interessate di provocare, quando non credesse abbastanza esaurito il processo, una decisione interlocutoria del Tribunale, semprechè tuttavia ciò avvenga prima che si apra la pubblica discussione finale sul merito della causa (6). Anche il già citato Codice di procedura criminale del Regno d'Italia stanziava, che l' istruzione fosse appieno esaurita prima del giudizio di accusa, sicchè al momento in cui questo doveva pronunciarsi si trovassero di già raccolti tutti gli elementi necessarii a fondare la sentenza definitiva (7). Dal che si evince che in queste ultime legislazioni il processo inquisitorio e secreto non si considera come una mera preparazione del processo contraddittorio e finale, ma sì come una parte principale dell'intera trattazione.

Questa istruzione del processo anteriore all'accusa, sia preparatoria e imperfetta, sia completa, concordemente da tutte le leggi italiane si vuole redatta per iscritto, e condotta in segreto. All' imputato si partecipa bensì quanto basti strettamente a rettificare gli atti, ma l' edificio intero del processo erettosi contro di lui e il risultato della informazione non gli vengono schiusi che più tardi. Ond' è che le legislazioni or ora citate, le quali vogliono pienamente esaurita l'inquisizione in segreto e prima dell'accusa, devono apparire molto meno favorevoli alla difesa dei prevenuti di quelle che seguono il sistema francese. E per vero, se da una parte si può dire che con una istruzione completa essi salvino il cittadino dall' onta e dalle conseguenze di un pubblico giudicio col prevenire l' ammissione di un'accusa, che ad istruzione non compiuta potuto avrebbe pronunciarsi, e che la più perfetta indagine rende impossibile eliminando quegli indizii che dapprincipio la legittimavano,

(1) art. 184 e seg.
(2) art. 348 e seg.
(3) art. 263 e seg.
(4) art. 344.
(5) Codice di procedura penale del Cantone del Ticino art. 58, 274,
(6) Idem. art. 59.
(7) Codice di procedura penale pel Regno d' Italia art. 393, 398, 426.

d'altra parte però è giuocoforza confessare, che l'imputato, oltrecchè più a lungo è tenuto nell'ansia di una inquisizione segreta, può altresì meno efficacemente controoperare all'azione dello Stato, e gravi difficoltà deve incontrare nell'abbattere l'edificio artifizioso dell'accusa che completo gli si schiude dinanzi tutto ad un tratto, senza che mai gli sia stato concesso, per la segretezza degli atti, di impedirne la costruzione. Tanto più urgente rilevasi quindi, rispetto a queste legislazioni, in cui il principio inquisitorio è più largamente accolto, il bisogno dell'intervento di un difensore giurisperito a tutela dell'imputato durante l'istruzione del processo.

Delle legislazioni criminali d'Italia quella degli Stati Pontificii accolse con maggior favore il principio inquisitorio. Per la legge romana il giudice processante esaurisce totalmente l'istruzione in segreto; dopo l'incarto delle prove e la contestazione all'imputato delle risultanze processuali forma un ristretto dell'essenziale contenuto degli atti, e lo trasmette al Procuratore del Fisco; questi, dopo averlo esaminato, lo ritorna al processante affinchè passi alla pubblicazione (1). Per siffatto modo, l'imputato è posto in grado di preparare le difese, che potrà far valere all'atto della proposizione e discussione della causa. Queste hanno luogo in seduta segreta, coll'intervento del procuratore fiscale del difensore dell'accusato; gli atti della inquisizione preceduta ne sono la base; soltanto i testimonii strettamente necessarii fra i già esaminati durante l'istruzione possono di regola venir sentiti, benchè sia rimesso al criterio individuale del Capo del Tribunale l'ammettere o rifiutare l'esame di nuovi testimonii che l'accusato o il suo difensore presentassero a difesa. (2) Quanto a tutti gli altri si ha riguardo alle loro deposizioni scritte.

Il processo pertanto ha principio e si forma indipendentemente dal pubblico accusatore; il giudice processante per sè solo trasmette l'inquisizione, pubblica gli atti e legittima il processo, senza uopo dell'accusa per parte del pubblico ministero, e solo all'atto della discussione il procuratore fiscale fa le opportune requisitorie secondo il risultato della propria convinzione. Tuttavia anche pel Regolamento Romano il processo difensivo è trattato oralmente.

Il processo criminale pontificio, presso il quale non trovano favore le forme accusatorie, nè si richiede un atto di pubblica accusa per sottoporre a giudizio penale il prevenuto, congruamente ammette anche un solo giudizio definitivo, escludendo quel giudizio preventivo e interinale sull'ammissibilità dell'accusa, che quasi tutte le legislazioni moderne basate

(1) Regolam. org. di procedura crimin. per gli Stati Pontificii art. 384.
(2) Legge citata art. 394, 395.

sul principio accusatorio introdussero per rispetto alla libertà individuale e alla riputazione dei cittadini.

Ma il giudizio preliminare d'accusa, voluto anche dalla legge francese, nei codici italiani che l'ammettono, non ha luogo in generale, come in Francia, mediante doppio esame prima per parte della Camera di Consiglio, poi per parte della Camera d'accusa, nel che la legge francese non offre sufficiente garanzia per l'imputato, sia perchè la responsabilità dell'accusa va con tal metodo divisa, sia perchè un solo voto contrario all'imputato nella Camera di Consiglio basta a mandarlo innanzi alla Camera d'accusa, dove la legge non gli permette difesa. — Per questi riguardi i legislatori di molti paesi italiani, modificando la legge francese, stanziarono, che la costituzione in accusa dell'imputato si pronunciasse da un'unica autorità con un unico giudicio (1). — Nondimeno il sistema francese del doppio esame dell'accusa fu adottato nella legge toscana (2), e in quella per gli Stati Sardi (3).

Dalle osservazioni comparative, che noi siamo venuti facendo intorno alle leggi italiche, rilevasi come il più generale risultato, che il principio dell'accusa pubblica, faustamente ritornato in favore sul finire del secolo scorso, è da queste riconosciuto, e che il Codice di istruzione criminale francese è sostanzialmente la base a tutte quasi comune.

Tuttavia una gravissima divergenza tra queste e la legge francese si nota riguardo alla costituzione della giudicatura. — L'istituto dei giurati, introdotto in Francia sull'esempio dell'Inghilterra, fu concordemente escluso dall'amministrazione della punitiva giustizia dai legislatori degli Stati italiani, i quali avvisarono più provvido l'affidare la decisione di tutte le questioni criminali ad una giudicatura permanente e del diritto esperta; questo fatto somministra una riprova pratica del rapporto meramente contingente ed accidentale che passa tra la forma accusatoria del processo e la giudicatura transitoria e popolare per giurati, lo che risulta dall'analisi logica del processo che riposa sul principio dell'accusa. Una eccezione a questo riguardo venne da pochi anni introdotta negli Stati Sardi rispetto a certi reati di stampa, la cui cognizione fu attribuita al Magistrato d'appello coll'aggiunta dei giudici del fatto (4); ma la ragione di essa indagar si deve piuttosto nel mutato ordinamento politico di quel paese.

(1) Codice di procedura penale pel Regno d'Italia art. 138, 400. — Legge di procedura criminale pel Regno delle Due Sicilie art. 140 e seg. — Codice di procedura pen. pel Ducato di Parma art. 195, 305 — Codice di proc. crim per gli Stati Estensi art. 229 e seg.

(2) Motuproprio Toscano 2 agosto 1838 art. 210, 233, 234. —

(3) Codice di proc. crim. per gli Stati Sardi art. 230, 347 e seg.

(4) Legge sulla stampa 26 marzo 1848.

Sebbene giudici giurisperiti e permanenti sieno chiamati a decidere le cause criminali, non però la legge, nel maggior numero degli Stati d'Italia, li vincola a un sistema prestabilito di prova, ma abbandona al criterio e alla coscienza d'ogni giudice la soluzione delle quistioni di fatto. L'intimo convincimento è condizione necessaria e fondamentale d'ogni decisione per la legge delle Due Sicilie, per quella di Toscana, pel codice Sardo, e per il Regolamento processuale Pontificio, che nondimeno suppongono il convincimento sia indotto nell'animo dei giudici dal complesso dei soli fatti e delle sole prove, emerse nella trattazione della causa, ed apprezzate dietro vedute giuridiche. — Per converso fissarono una teoria legale di prova il Codice di procedura penale pel Cantone del Ticino (1) e il recente Codice Criminale estense (2), benchè quest'ultimo, specialmente quanto alla prova indiziaria sia così indeterminato da concedere largo campo al criterio individuale del giudice. Ma eziandio queste leggi, collo stabilire dei limiti di prova generali e negativi riguardo alla reità dell'accusato, non vincolano il giudice quanto alla dichiarazione di non reità, adottando quella teoria negativa di prova, per la quale, ritenuto che non si deve considerare una prova per sè sola ed isolatamente, ma bensì misurarne il peso in complesso e in combinazione con tutte le risultanze processuali, se la fede di qualsiasi prova viene diminuita da risultanze opposte, dessa perde del suo valore e della sua forza, e il giudice può dichiararla insufficiente (3).

I Legislatori Italiani poi, ispirandosi a quelle idee liberali che dalle astratte regioni scientifiche scendono a forzare i confini della pratica mediante la poderosa azione dell'opinione pubblica, circondarono il processo criminale, almeno nello stadio contradittorio, di tutte quelle guarentie che anche l'esperienza ha chiarito le più idonee a tutelare la libertà civile e il cittadino innocente. L'oralità e la pubblicità della trattazione delle cause criminali e l'intervento del difensore dell'imputato sono caratteri comuni a quasi tutte le leggi vigenti nella nostra Penisola.

La pubblicità dei giudici, mentre accresce la fiducia del popolo nella giustizia delle sentenze pronunciate, col raddoppiare la responsabilità del giudice riesce un provvido e potente ritegno dagli abusi di sua autorità. Ma se l'autorità è maggiore laddove dall'intimo convincimento del giudice dipende la condanna o l'assoluzione dell'accusato, ne segue che altrettanto più urgente sia l'opportunità di opporsi al pericolo di abuso mediante la pubblicità dei giudicj presso quelle leggi di criminale procedura, le quali, come accade nel maggior numero degli Stati d'Italia, tanto arbitrio concedono ai giudizii. Sotto questo riguardo è gravemente

(1) Codice di proc. pen. pel Cantone del Ticino Lib. I. Tit. VII art. 174 e seg.
(2) Codice criminale per gli Stati Estensi Lib. III. Tit. Unico, art. 542 e seg.
(3) Codice di proc. pen. pel Cantone del Ticino art. 192.

appuntabile il Regolamento Pontificio, che coll'escludere assolutamente la pubblicità ed ammettere il principio dell'intimo convincimento raccoglie in sè i pericoli del processo inquisitorio e dell'accusatorio, il segreto e l'arbitrio del giudice (1).

Tutti i Codici Italiani di procedura criminale, tranne l'ora citato Romano, accolsero il principio della pubblicità, ma non di rado vi stabilirono anche troppo gravi eccezioni, sia riguardo alle persone che possono assistere alle pubbliche udienze, sia altresì rispetto alle cause per cui si può ordinare che il dibattimento abbia luogo a porte chiuse. — Se nel primo degli accennati riguardi veruna limitazione introducono le leggi di Piemonte, del Cantone del Ticino, di Toscana, di Parma e di Napoli, forse troppo severo invece è il recente Codice estense, che riduce entro ben miseri confini il pubblico concorso, dichiarando, che possano ammettersi al dibattimento soltanto le persone addette alla Magistratura, i legali esercenti, i pubblici impiegati, l'officialità ed un certo numero di persone probe che sieno capi di famiglia, di civile condizione e di sesso mascolino (2). Considerando in secondo luogo le cause che fanno lecito o necessario il dibattimento segreto, si deve riconoscere una grave e pericolosa indeterminatezza nelle parole della legge e insieme una soverchia estensione data a queste cause nel Codice estense (3), in quelli di Parma (4), di Piemonte (5) e delle Due Sicilie (6), sebbene tutti meno l'Estense, non abbandonino al criterio individuale del Presidente il giudizio sulla opportunità del dibattimento segreto. Più liberale in proposito fu il legislatore Toscano che volle esclusa la pubblicità da quelle cause soltanto, nelle quali il pudore o l'onestà possono rimanere offesi, permettendo eziandio in tal caso di intervenire all'udienza ai congiunti dell'accusato, agli avvocati e procuratori, e ad ogni altra persona a di cui riguardo non ricorressero i motivi che animano la ammessa eccezione (7) — La pubblicità dei giudici penali non soffre eccezione per la legge del Cantone del Ticino, che in ciò seguì il Codice di procedura penale del cessato Regno d'Italia.

Noi abbiamo giudicato opportuno di brevemente accennare le fondamentali massime, su cui riposano le varie legislazioni criminali d'Italia, prima di mettere innanzi lo stato attuale della difesa degli imputati, a

(1) Regol. org. pontif. art. 22.
(2) Codice di proced. crim. estense art. 283. § 5.
(3) Cod. cit. art. 283 § 2.
(4) Cod. di proc. pen Ducato di Parma art. 12.
(5) Cod. di proc. crim. Sardo art. 548.
(6) Legge di procedura in materia criminale pel Regno delle Due Sicilie articolo 212.
(7) Dichiarazione ed istruzioni 9 novembre 1838, art. 429.

motivo della importante influenza, che su di essa esercita la diversità di principio e di metodo nel costrurre il criminale processo.

Sebbene la necessità morale di concedere libertà e favore alla difesa degli accusati, dividata dal sentimento dei deboli e degli oppressi e dimostrata dalle speculazioni degli scienziati, sia altresì riconosciuta, come un principio inviolabile, dalle leggi positive dovunque gli ordini civili ebbero matura esplicazione, e viene equamente apprezzata l'individualità e dignità umana, non però le condizioni della difesa degli accusati sono dovunque le stesse. I legislatori divisi tra gli opposti interessi dello Stato e del cittadino, nel pericolo di urtare contro due contrarii scogli con sacrificio o della pubblica sicurezza o della civile libertà, ammettendo il principio, gli diedero, a seconda delle circostanze, maggiore o minore sviluppo pratico.

Nella nostra Italia, dove si alzò la voce eloquente di Beccaria e Filangieri, destinata a percorrere l'Europa e a lasciar dovunque non peritura traccia di sè nella moderna riforma delle leggi penali, dove queste svestirono per la prima volta la ferrea barbarie dei secoli di mezzo e assunsero una forma razionale e degna delle nostre condizioni sociali, l'amministrazione della punitiva giustizia è ispirata dal rispetto verso la dignità dell'uomo, e riconoscendo la priorità dei nativi ed individuali diritti su quelli dello Stato, fa continuo omaggio alla presunzione d'innocenza. Dai vigenti Codici di procedura criminale all'imputato non si preclude veruna occasione per dichiarare la propria innocenza, nè mezzo alcuno gli è negato per cui possa per sè stesso mettere in luce la verità di ciò che asserisce a discolpa, o la falsità delle accuse a lui mosse; da tutti parimenti vien fatto rigoroso dovere al giudice investigatore di assidersi imparziale tra la reità e l'innocenza e di mirare cogli atti di inquisizione soltanto a raggiungere la verità. La difesa *materiale* dello accusato non patisce pertanto restrizioni ed ostacoli nelle leggi italiane.

Ma poichè coloro, i quali, come gli inquirenti, sono in immediato e diretto rapporto coi fatti e colle persone, non possono di regola esserne i più spassionati ed imparziali relatori e giudici, e poichè d'altronde, quando una legge voglia raggiungere con certezza il proprio intento, deve fare in modo che, anche violata da chi deve eseguirla, essa venga tuttavia altrimenti assicurata, ne conseguita da una parte che gravi pericoli corra l'innocenza nell'affidare la difesa alle deboli ed anormali forze dell'accusato e a quelle di un giudice che deve rappresentare anche l'accusa, dall'altra si pare la necessità di offrire al cittadino una miglior guarentia contro i pericoli che a lui crea la reazione dello Stato. Questa si ha nell'accordare all'accusato un consigliere giurisperito, il quale integri in giudicio la persona legale di quello e ne tuteli l'interesse individuale in faccia alle esigenze della giustizia punitiva con forze pari a quelle della pubblica accusa, e senza gli accecamenti e le prevenzioni cui di leggieri è soggetto un giudice istruttore.

Questo secondo momento della difesa, che noi col chiarissimo Mittermaier chiameremo difesa *formale*, ha realtà in tutte le leggi di criminale procedura degli Stati d'Italia, qualunque del resto sieno le differenze che tra di loro le distinguano, però che la ragion d'essa scaturisca, anzichè dalla forma accusatoria o inquisitoria del processo, da ben più remote origini, e cioè dalla natura morale dell'uomo e dai fondamentali principii di diritto pubblico.

Noi ci proponiamo ora di brevemente esporre le disposizioni legislative sull'istituto dei difensori criminali per determinare il campo di azione che a questi è lasciato nell'esercizio del nobile loro ministero nei varii paesi italiani.

E per primo importa notare, che da tutti i nostri Codici di procedura criminale il difensore è giudicato un necessario complemento della persona legale del prevenuto, allorchè si tratti di accuse di crimini o misfatti o delitti maggiori, come variamente sono contraddistinti dal linguaggio delle diverse leggi i reati più gravi, sicchè in questi casi la mancanza dell'intervento di un difensore suole produrre nullità del giudicio (1). Invece cessa la necessità legale di un difensore per la maggior parte delle leggi vigenti nella Penisola, quando si tratti di reati leggieri puniti con pene miti. Il Codice pel Ducato di Parma e quello pel Regno delle Due Sicilie (2) nei giudizii di polizia e nei correzionali permettono, ma non impongono necessariamente, che l'imputato si faccia assistere da un difensore, e ciò ha luogo anche per la legge sarda, benchè solo rispetto alle cause di polizia e alle correzionali relative a delitti punibili con una pena *pecuniaria* (3). La legge toscana poi non esclude la necessità del difensore che dai giudizii di polizia, e sotto pena di nullità ne comanda l'intervento nei correzionali (4). Meglio penetrate dell' influenza della difesa sulla buona amministrazione della giustizia punitiva e dello interesse che aver deè lo Stato a conseguirla in ogni caso sono fra tutte le leggi criminali d'Italia quelle degli Stati Pontificii (5) e degli Stati Estensi (6), per le quali all'accusato non è mai permesso di rinunciare al

(1) Codice di proced. pen. pel Cantone del Ticino art. 275. — Legge di proced. pen. del Regno delle due Sicilie art. 170 — Cod. di proc. pen. pel Ducato di Parma art. 336. — Regol. organ. di proc. pen. per gli Stati Pontificii art. 387. — Dichiarazioni ed istruzioni del 9 novembre 1838 al Motuproprio toscano 2 Agosto 1838, art. 402. — Cod. di proc, pen. sardo art. 373, 563 — Cod. di Proc. Crim. per gli Stati Estensi art. 252 § 2. —

(2) Cod. di proc. crim. pel Ducato di Parma art. 221 e 249, 263. — Legge napolet. art. 359.

(3) Cod. di proc pen. sardo art. 229.

(4) Motuproprio toscano 2 Agosto 1838. art. 218.

(5) Regol. org. di proc. pen. per gli Stati Pontificii art. 690.

(6) Cod. di proc. crim. per gli Stati Estensi art. 212-252.

diritto di essere assistito da un difensore, neppure trattandosi di quei minimi reati che sono di competenza dei giusdicenti.

Sempre poi, sia facoltativo o necessario all'imputato l'avere un difensore, gli è dalle leggi italiane concessa libertà nello sceglierlo, e solo allora quando l'accusato stesso non presenti al tribunale un difensore, gli viene deputato d'ufficio. --- Tuttavia questa libertà d'elezione non è in generale illimitata, ma di regola ristretta alla classe di persone esperte del diritto e autorizzate all'esercizio dell'avvocatura. Ad ogni modo lo accusato che nomina a sè stesso un consulente può, secondo tutte le leggi italiane vigenti meno la toscana, spaziare in un campo maggiore di quello a cui il giudice è limitato nel deputare d'ufficio il difensore. — In tutti i paesi italiani il giudice non può delegare d'ufficio a difendere *fuorchè alcuno degli avvocati o procuratori addetti al giudizio in cui si consuma il processo* (1); anzi in qualche Stato v'hanno pubblici ufficii appositamente predestinati alla difesa dei prevenuti qual'è negli Stati Pontificii l'ufficio del pubblico defensore, e negli Stati Sardi quello dell'avvocato dei Poveri, provvida istituzione, quando non torni altrimenti a scapito della libertà e pienezza di difesa, e la legge permetta all'accusato di ricusarne l'assistenza per ragionevoli motivi, e non escluda mai la possibilità di scegliere un altro difensore, nel quale l'accusato per avventura avesse maggiore confidenza; locchè nei due paesi ora citati è saviamente ammesso (5). Da tutte le leggi italiane pertanto si lascia all'accusato, che sceglie da sè il difensore un campo, in cui esercitare il diritto di eleggere, più vasto, come si disse, che al giudice il quale, nel suo silenzio, glielo destina d'ufficio; a questa regola fa eccezione soltanto la legislazione toscana, per la quale, sia che il giudice sia che il prevenuto nomini il difensore, questi deve sempre essere un avvocato o procuratore addetto alla Regia Corte chiamata a definitivamente pronunciare sulla causa (3). Il Codice di procedura per gli Stati Sardi invece, che vuole si deputi d'ufficio alla difesa degli imputati o l'avvocato dei poveri dove esiste, o in caso diverso un avvocato patrocinante presso il tribunale della decisione (4). permette nondimeno allo accusato di assumere a proprio difensore anche altro degli avvocati patrocinanti innanzi a *qualunque* Magistrato o Tribunale del Regno (5). E

(1) Cod. ticin. art. 353. — Legge napol. art. 171. Cod. parm. art. 377 — Motuproprio toscano art. 218 e 245 — Cod. Sardo art. 866.

(2) Regol. org. pontif. art. 668. — Cod. di proc. pen. Sardo art. 862. — L'ufficio dell'avvocato dei poveri non mancava alla Toscana, ma fu abolito colla riforma delle leggi di procedura penale introdotta dal Motuproprio 2 Agosto 1838. Vedi di questo l'art. 212.

(3) Dichiaraz. ed istruz. del 9 novembre 1838 art. 402.

(4) Cod. di proc. pen. sardo art. 866.

(5) Idem. art. 862.

analogamente la legge romana pur ammettendo che d'Ufficio l'imputato, debba essere assistito dal pubblico difensore addetto ad ogni Tribunale, non lo obbliga ad accontentarsi di quello, abilitandolo a scegliersi un consigliero non solo fra gli avvocati o patrocinatori presso il governo o tribunale innanzi a cui si compie il processo, ma e fra quelli addetti a *qualsiasi altro tribunale superiore*, abbenchè di diversa giurisdizione (1). Se non che, a dir vero, il Regolamento pontificio introduce in proposito una gravissima e certamente deplorabile restrizione che può ferire la libertà e pienezza di difesa, nel caso di reati politici, laddove stanzia, che sì l'avvocato dei poveri come il difensore eletto dall' accusato debbano essere approvati dal Capo del Supremo Tribunale della Consulta, a cui spetta il conoscere di quei reati. (2). — La legislazione di Parma e quella del Regno delle Due Sicilie recano che il difensore deputato d'ufficio o scelto dall'accusato non possa essere che un avvocato o un causidico inscritto nel ruolo del tribunale, ma tuttavia, seguendo in ciò la legge francese, permettono che la difesa sia sostenuta anche da un parente o da un amico dell'inquisito, purchè siasi ottenuto il permesso dal Presidente (3), all'arbitrio del quale perciò troppo si abbandona. Più liberale a questo proposito è la legge del Cantone del Ticino, giacchè se eziandio per essa la nomina d'ufficio deve cadere di regola sugli avvocati addetti al Tribunale innanzi a cui si discute la causa (4), da nessuna restrizione peraltro è sminuita la facoltà all'imputato concessa di eleggersi il difensore, sicchè egli possa proporre in tale qualità eziandio una persona non abilitata all'esercizio dell'avvocatura, non essendo lecito mai di ricusare per difensore la persona da lui scelta (5). E quest'ampia libertà di elezione sembra ammessa anche dal recente Codice di procedura criminale per gli Stati Estensi, i quale, obbligando l'accusato a scegliersi un difensore tra gli avvocati o procuratori addetti al Tribunale che deve giudicare, nel solo caso, che per non averlo nel designato termiue stabilito venne già deputato d'ufficio, implicitamente esclude questa restrizione in tutti gli altri casi (6).

Le disposizioni legislative sulla costituzione del difensore criminale, che noi fin qui abbiamo citate, tuttavvia, non rispondono pienamente alla scopo di conseguire la retta amministrazione della giustizia punitiva mediante una illimitata difesa. Se da una parte ragion vuole, che per

(1) Regol. org. pontif. art. 668.

(2) Idem. art. 558.

(3) Cod. di proc. pen. pel Ducato di Parma art. 377, allinea — Legge di proc. crim. pel Regno delle Due Sicilie art. 171.

(4) Cod. di proc. pen. pel Cantone del Ticino art. 383.

(5) Idem art. 276.

(6) Cod. di proc. crim. per gli Stati Estensi, art. 282, 283.

favorire la difesa si lasci all'imputato la massima libertà nell'elezione del difensore, d'altra parte però, per l'eminente interesse che ha lo Stato alla buona amministrazione della giustizia, sarebbe pericoloso lasciare in balía dell'accusato la facoltà di rendere illusoria o effettiva la migliore guarentigia di essa, la difesa. Soltanto col concedere al cittadino sospetto di un reato la massima libertà nella scelta di un patrocinatore compatibile coll'esistenza ed efficacia della difesa può dunque la legge ripromettersi di egualmente soddisfare alla libertà individuale e al pubblico interesse. Ora, se si considerano quelle tra le legislazioni vigenti in Italia, che sono più provvide e liberali riguardo al punto attualmente in esame, quella di Piemonte e la Ticinese, noi vediamo che la prima coll'istituto dell'avvocato dei poveri, incaricato di prestare il proprio ministero a tutti gli accusati (1), tratta la difesa, non solo come un favore a questi concesso, ma altresì come un'esigenza d'ordine pubblico, che non rimane per tal modo mai insoddisfatta; se non che, restringendo poi entro determinati limiti il campo, in cui l'imputato può esercitare la facoltà datagli di eleggersi un condifensore, rende impossibile quell'ampia e piena libertà che non gli deve mai venir meno nel difendersi. Per converso la legge del Cantone del Ticino coll'attribuire all'accusato un diritto incondizionato di elezione e permettere che chiunque, anche inesperto a difendere, solo perchè voluto da quello, ne assuma il patrocinio, riconosce bensì il naturale diritto alla libera difesa, ma non impedisce che l'arbitrio dell'imputato coll'elezione di un difensore incapace si ritorca in modo dannoso contro di lui medesimo, e svantaggiosamente si ripercuota sullo Stato, pel quale è di supremo interesse che sia sempre guarentita la bontà dei giudicii criminali. — La legge sarda ferisce e viola il diritto che ogni cittadino ha di usare di tutti i mezzi i quali possono servire allo scopo della propria difesa; la legge ticinese non assicura sempre il diritto e l'interesse che ha lo Stato alla retta amministrazione della giustizia. Queste due leggi peraltro contengono gli elementi, che fusi insieme, colla combinata loro azione, possono produrre l'effetto di guarentire nell'una e nell'altra di esse i diritti e la libertà più ampia dell'accusato senza pericolo della giustizia e del pubblico interesse, mercè la più libera facoltà di scelta di un condifensore per parte dell'imputato, e l'intervento obbligatorio in tutti i giudizii penali dell'ufficio del pubblico difensore, che all'uopo supplisca alla incapacità del condifensore eletto dall'accusato.

Da nessuna delle leggi vigenti nei paesi italiani è tolto all'imputato il diritto di ricusare per ragionevoli motivi il ministero del difensore deputatogli di ufficio, ed anzi alcuni Codici non gli fanno obbligo nemmeno di giustificare la ricusa, quando, dopo anche essere stato di già nominato

(1) Cod. di proc. crim. per gli Stati Sardi art. 863.

il difensore dal Tribunale, l'imputato ne proponga un altro di sua confidenza, giacchè in tal caso cessano le incombenze del primo e vi sottentra quest'ultimo: così espressamente dispongono il Codice di proccedura penale parmense (1), la legge per la Toscana (2) e quella pel Ducato di Modena (3).

Se l'accusato può ricusare il deputatogli difensore, a questo pure dalle leggi italiane è fatta *facoltà* di rifiutarsi d'assumere la difesa, quando peculiari circostanze e rapporti giustifichino siffatta rinuncia (4). Ma nel caso di incompatibilità di difesa di più coaccusati, anzichè permesso, viene espressamente imposto nel maggior numero dei Codici nostri al difensore il *dovere* di rinunciare sul momento ad una o a varie delle difese rispetto alle quali la incompatibilità si verifichi, e questa rinuncia deve sempre dal presidente del Tribunale accettarsi, e subito destinar si debbono agli imputati indifesi altri patrocinatori: così concordemente dispongono le leggi napoletana (5), pontificia (6), toscana (7) e sarda (8), ed eziandio nel silenzio delle altre leggi è forza seguire questa linea di condotta, dacchè altrimenti la difesa dell'imputato sarebbe vitalmente ferita e resa impossibile.

Fuori dei casi eccezionali di ragionevole motivo di rinuncia, cui sempre spetta al Capo del Tribunale lo apprezzare, e di impedimento legale per incompatibilità di difesa, il patrocinatore incaricato ha obbligo indeclinabile per le leggi vigenti in Italia di assumere la difesa sotto comminatoria di pene disciplinari, e rispetto agli accusati miserabili ha eziandio l'obbligo di prestare l'opera propria *gratuitamente* (9). Ma se è vero che la presenza e l'attività del difensore, offrendo una guarentigia della bontà delle sentenze penali, riesce un beneficio non solo all'imputato, ma altresì allo Stato, ci sembra che a questi e non al ceto dei giurisperiti accollar si debba il grave onere delle difese criminali, sicchè, quando

(1) Cod. di proc. crim. pel Ducato di Parma art. 336.
(2) Dichiaraz. ed istruz. 9 novembre 1838 art. 363.
(3) Codice di proc. crimin. per gli Stati Estensi art. 253.
(4) Legge di proc. pen. per il Regno delle Due Sicilie art. 172. — Cod. di proc. pen. sardo, art. 368. — Regol. toscano 2 settembre 1839. art. 36 — Regol. org. pontif. art. 689. — Cod. di proc. pen. ticin. art. 355. Cod. estense art. 225.
(5) Legge di proc pen. pel Regno delle Due Sicilie art. 360, 174.
(6) Regol. org. pontif. art. 689.
(7) Dichiaraz. ed istruz. del 9 novembre 1838, art. 364 e 403.
(8) Cod. di proc. pen. Sardo, art. 365, 367.
(9) Cod. di proc. penale ticinese art. 353. — Legge napol. art. 359 allinea — Reg. org. pontif. art. 687. — Motuproprio toscano del 2 agosto 1838 art. 212 combinato cogli art. 36 e 37 del Regol. 2 settembre 1839. — Regol. delle competenze per gli Stati Estensi 15 maggio 1856 art. 30.

l'accusato per miserabilità non possa retribuire l'opera del difensore, v'abbia in ogni caso a sopperire lo Stato; tuttavia vedemmo che siffatta considerazione non fu presa a calcolo dai legislatori italiani.

Accennate le disposizioni legislative intorno al modo di costituire all' accusato il difensore, importa di determinare la sfera d' attività dalle varie leggi italiane concessagli nell' adempimento del nobile suo ministero.

Sotto questo riguardo è specialmente rilevante il considerare il momento in cui comincia ad esercitarsi l'attività del difensore, il conoscere se egli può presentarsi a tutela dell'imputato tanto nello stadio di istruzione del processo come in quello di discussione, ovvero soltanto in quest'ultimo. L'assistenza di un difensore per le leggi tutte di criminale procedura vigenti in Italia può considerarsi *necessaria* nelle cause penali appena dal momento in cui, chiusa l' inquisizione e ammessa l' accusa, dove è introdotto il preliminare giudizio sulla ammissibilità di questa, il processo trapassa dal giudice istruttore al giudizio competente a pronunciare in modo definitivo (1). Ma sebbene la *necessità legale* dell' intervento di un difensore sia da queste leggi limitata appena allo stadio di discussione, si deve o no ritenerlo *permesso* anche anteriormente e durante l' inquisizione, qualora l' imputato ne faccia domanda? Lo spirito inquisitorio che domina ne' regolamenti italiani durante il processo anteriore all'accusa e preparatorio della discussione, il segreto che si vuole gelosamente conservato fino alla chiusura degli atti, e la mancanza di una espressa ammissione ci sembrano motivi atti a legittimare l'opinione negativa a questo riguardo seguita dalla pratica. Le legislazioni degli Stati d'Italia, troppo fedeli imitatrici del Codice francese, ne dividono i difetti, e alla difesa concedono una posizione sproporzionatamente inferiore a quella dell'accusa, mentre rivelano sospetto e sfiducia immeritata verso il ceto dei difensori criminali.

Lo Stato, per impedire le occultazioni dei delitti e quindi l' impunità de' rei, ha bisogno certamente di prontezza e libertà d'azione nelle prime indagini di polizia giudiziaria, e deve senza ostacoli e ritardi poter procedere a quelle informative, e ordinazioni che le circostanze suggerissero per fermare provvisoriamente e fino a che non sia assunta una regolare e minuziosa istruzione le traccie del delitto e del suo autore; questa celerità, indispensabile nelle prime informazioni e misure di cautela sarebbe incompatibile o resa troppo difficile coll' intervento del di-

(1) Cod. di proc. pen. pel Cantone del Ticino art. 278. — Idem pel Ducato di Parma art. 336 — Legge di proc. crim. per il Regno delle Due Sicilie art. 387. — Reg. org. pontificio art. 386. — Motuproprio toscano art. 218, e Dichiaraz. ed istruz. relative art. 402. — Cod. di proc. crim. per gli Stati Sardi art. 296, 376. — Idem per gli Stati Estensi art. 212, 252 § 2.

fensore. Ma dopo queste preliminari informazioni lo stato delle cose muta affatto d'aspetto: allora, dietro le prime traccie, che misero in moto l'azione penale, incominciar deve quella inquisizione scrupolosa, formale, spassionata, d'onde abbia ad emergere tutta la verità oggettiva. l'innocenza o la reità: allora bisogna procedere colla massima prudenza e cautela, e con tutte quelle guarentigie per le quali le risultanze dell'istruzione possano meritare la fede di chi sarà chiamato a giudicare. Ora, codesta regolare, esatta, spassionata istruzione del processo si può conseguire, secondo l'ordine naturale delle cose umane, quando da una parte l'azione penale è esercitata nell' interesse dello Stato dal Giudizio inquirente, ed è continuamente avvalorata dai risultati delle indagini, verificazioni, ed istanze del pubblico ministero, a cui qualche legge permette perfino di intervenire attivamente a tutti gli atti di istruzione (1), e dall'altra sta solo l'imputato, il quale chiuso nelle segrete, è impossibilitato a raccogliere e proporre i mezzi di propria difesa, e fra le agitazioni del presente e nel dubbio di un più tremendo avvenire non ha altro consigliero e patrocinatore che quell' istesso pubblico officiale al quale la legge fa dovere di ordinare e dirigere il processo offensivo? Se pari mezzi e pari garanzie non si concedono allo Stato e all' inquisito v' ha ragionevole motivo di temere che per lo meno un grave pericolo correrà l'interesse inadequatamente rappresentato. L'equilibrio non può essere stabilito fuorchè dall'operosità di quel difensore giurisperito, che nello stadio d' istruzione del processo dalle leggi vigenti in Italia viene invece concordemente escluso.

Tuttavia, i Codici di procedura penale, che noi altrove vedemmo introdurre un giudizio preventivo e interinale sull'ammissibilità dell'accusa, non ritardano l' intervento del difensore fino alla discussione finale, ma fin dall'istante, in cui il processo è portato innanzi ai giudici dell'accusa, permettono all'imputato di inoltrare delle *memorie scritte* (1) allo scopo di rimuovere l'ulteriore inquisizione, e però lasciano supporre ragionevolmente che egli possa a tale intento giovarsi del difensore. Quando peraltro si noti, che quelle leggi medesime non accordano al patrocinatore dell'accusato l'ispezione degli atti e dell'accusa se non dopo pronunciata la sentenza di rinvio (2), non si può tardare a convincersi della poca influenza che può esercitare a favore del suo cliente il difensore

(1) Cod. di proc. crim. per gli Stati Sardi art. 69.

(2) Legge di proc. pen. per il Regno delle Due Sicilie art. 143. — Cod. di proc. pen. parmense art. 311. — Motuproprio toscano art. 213, 234. — Cod. di proc. pen. Sardo art. 347. Idem per gli Stasi Estensi art. 232.

(3) Legge napoletana art. 140, 166. — Codice parmense art. 328 e 347. — Dichiarazioni ed istruzioni al Motuproprio toscano art. 406 — Cod. Estense art. 288.

innanzi al giudizio d'accusa; sicchè non è molto lungi dal vero l'asserire che solo dopo ammessa l'accusa e nella finale discussione è dalle legislazioni degli Stati italiani concessa effettivamente la difesa *formale* degli imputati.

A questo punto del processo le attribuzioni e le facoltà del difensore si allargano; a questo punto soltanto, i nostri Codici di procedura criminale permettono al difensore l'ispezione degli atti, il colloquio coll'imputato, il rilevare e far valere i motivi di nullità, il muovere al tribunale tutte quelle istanze mercè le quali si possa conseguire il completamento degli atti deficienti per avventura riguardo all'accusato, e preparare la prova di discolpa per l'epoca del dibattimento.

L'ispezione degli atti, concessa solo per la difesa finale, non mai per quella diretta a rimuovere l'inquisizione principale e l'ammissione dell'accusa, al difensore è dovunque accordata subito dopo il primo interrogatorio tenuto dal presidente del Giudizio della decisione coll'imputato, e alcune delle leggi italiane gli assegnano anzi un termine, all'uopo prorogabile, entro il quale ei *debba* eseguirla. Tutte le leggi vigenti nei diversi Stati d'Italia non sono tuttavolta egualmente liberali intorno a quest' oggetto.

La legge ticinese (1), la pontificia (2) e la napoletana (3) non accordano gratuitamente copia degli atti al difensore, ma gli permettono di ritirarla a sue spese; i Codici di Parma (4) e di Sardegna (5) danno al difensore una sola copia gratuita dei verbali che comprovano il fatto materiale del reato e delle dichiarazioni scritte dei testimonii, qualunque sia il numero degli accusati, ed eziandio la legge modenese (6), stabilisce che l' accennata copia *gratuitamente* si trasmetta soltanto nel caso di accusati *poveri*. Tuttavia secondo le legislazioni tutte vigenti nella Penisola il difensore può nella Cancelleria del Tribunale ispezionare gli atti, ed anche copiarli, o domandar copia a spese dell'accusato di qualunque parte del processo scritto, che credesse utile alla difesa. — Molto più liberale in proposito è il legislatore toscano, che permette al difensore criminale di trasportare fuori del Giudizio perfino l'intero processo, e di trattenerlo presso di sè per un termine di regola non maggiore di otto giorni, ma per giusti motivi prorogabile dal presidente (7). In generale peraltro le leggi italiane fanno espresso divieto

(1) Cod. di proc. pen. ticinese art, 376.
(2) Regol. org. pontificio art. 390.
(3) Legge di proc. crim. pel Regno delle Due Sicilie art. 169.
(4) Cod. di proc. pen. pel Ducato di Parma art. 348.
(5) Idem per gli Stati Sardi art. 383.
(6) Cod. di proc. crim. per gli Stati Estensi art. 267 § 2.
(7) Dichiaraz. ed istruz. 9 novembre 1838 art. 406.

al difensore di trasportare fuori del Tribunale gli originali degli atti o gli oggetti formanti corpo di reato (1).

Anche il colloquio coll'imputato viene dalle leggi italiane espressamente permesso al difensore subito dopo il primo interrogatorio dell'accusato innanzi al tribunale della decisione (2) e solamente il Codice sardo non si pronuncia su questo punto, ma si deve ritenere tacitamente eziandio da questa legge permesso il colloquio come un mezzo indispensabile per rendere effettiva la difesa. Nondimeno la maggior parte delle leggi processuali italiane non sanciscono espressamente una libera e confidenziale comunicazione del difensore coll'imputato solo e senza testimonii; e fra tutte soltanto il Regolamento pontificio e il Codice di procedura penale estense parlano di *libera* comunicazione, la quale tuttavia si deve presumere sempre permessa in difetto di espressa restrizione. — Le leggi italiane poi non istabiliscono limitazione veruna al numero delle conferenze che l'accusato può tenere col difensore.

Mediante l'ispezione degli atti e il colloquio coll'imputato, il difensore prende notizia dello stato del processo, e di ciò che potrebbe giovare allo scopo della difesa. Da questo punto incomincia l'attività efficace del difensore ad esercitarsi. Se dall'ispezione degli atti desso rilevò qualche legale motivo di nullità, ormai potrà proporlo in via di eccezione: le leggi napoletana, parmense (3), sarda (4), modenese (5) espressamente lo autorizzano ad insinuare le nullità, purchè ciò segua entro il termine perentorio fissato dalla legge. Se, dall'ispezione degli atti e insieme dalle conferenze coll'accusato, gli emerge la incompletezza della istruzione sia riguardo ai fatti sia riguardo alle prove che interessano la difesa, per la la legge del Regno delle Due Sicilie (6), e per quella di Toscana (7), Piemonte (8) e Modena (9) egli potrà instare, perchè ai difetti scoverti sia supplito con atti e verificazioni ulteriori. Ma l'ammettere o no queste istanze del difensore è lasciato in arbitrio del Presidente, che può far luogo ai fin qui accennati provvedimenti anche d'ufficio, allora che lo

(1) Cod. di proc. pen. ticin. art. 276. — Idem parmense art. 347. — Idem napoletano art. 106. — Idem Sardo art. 377.

(2) Cod. di proc. pen. ticinese art. 276. — Legge napol. art. 169 — Cod. di proc. pen. parmense art. 347 — Regol. org. pontificio art. 389. — Dichiaraz. ed istruz. al Motuproprio toscano art. 405. — Codice di proc. pen. estense art. 254.

(3) Art. 350.

(4) Art. 377.

(5) Art. 255.

(6) Art. 186.

(7) Dichiaraz. ed istruz. del 9 novembre 1838 art. 404.

(8) Art. 384.

(9) Art 263.

reputi utile alla manifestazione della verità. Per le leggi italiane poi il completamento degli atti mediante nuove verificazioni e prove si fa dal Presidente o dal Giudice da lui delegato senza l'intervento della parte pubblica nè dell'accusato e suo difensore, il quale ultimo dalla legge di procedura criminale napoletana soltanto viene espressamente ammesso ad assistervi in un col pubblico ministero, benchè vi sia vietato l'intervento personale del prevenuto (8).

La facoltà concessa dalle leggi testè citate di opporre la nullità del processo o di singoli atti, e di chiedere l'assunzione di quelle nuove prove e verificazioni, da cui il difensore possa sperare di dedurre armi difensive, è un savio ed efficace rimedio, che in gran parte cancella il danno, che all'accusato deriva per le leggi italiane dall'isolamento e dalla mancanza del necessario soccorso in cui egli si trova durante l'intera inquisizione segreta.

Ma questo rimedio non fu adottato da tutte le legislazioni d'Italia. Rispetto a quei Codici di criminale procedura, come è del ticinese, pei quali la inquisizione segreta esser dee definitivamente chiusa e completamente esaurita prima di pubblicare il processo, sarebbe repugnante ch'essi ammettessero un eventuale ulteriore supplemento e rettifica dell'inquisizione. Laddove è accolto il principio dell'inquisizione completa e segreta anteriore alla accusa e pubblicazione del processo, questo giunge necessariamente innanzi al tribunale chiamato a pronunciare la definitiva sentenza con tutti quei vizii e difetti che la commissione inquirente non abbia saputo evitare, cosa certamente pericolosa per l'imputato, il quale non ha modo di far risultare in atti quelle favorevoli circostanze che il proprio patrocinatore avesse per la sua speciale posizione raccolte, e di prepararsi così la via alla difesa finale nella discussione della causa. E siffatto pericolo per l'imputato deve apparire tanto più grave, in quanto che le leggi processuali, come avviene della ticinese, che danno ampio sviluppo e completezza all'istruzione segreta, in pari tempo considerano il processo informativo come una parte essenziale e fondamentale dei giudizii penali, piuttosto che una semplice preparazione del vero processo (1). Queste considerazioni hanno applicabilità anche al Regolamento di procedura penale vigente negli Stati Pontificii.

Legittimato e reso completo il processo, il difensore deve curare che i mezzi di difesa non abbiano a mancare all'atto della finale trattazione. A tal uopo egli trasmette al tribunale quelli tra di essi, che pensa far valere al dibattimento, e principalmente la lista dei testimonii di già sentiti durante l'istruzione o nuovamente proposti. Questa pratica è comune a tutti i Codici di procedura criminale italiani, quando se ne eccettui

(1) Art. 187, 191.
(2) Codice di proc. pen. pel Cantone del Ticino art. 280 § 1.

quello del Cantone del Ticino, pel quale la trattazione finale e contraddittoria si risolve in una semplice discussione dei materiali di fatto e di prova, giacenti nel processo *scritto* (1).

Se non che, anche per le leggi italiane, che vogliono la ripetizione delle prove già esistenti, al dibattimento orale, e ne ammettono la produzione di nuove, il giudizio sull'utilità e ammissibilità loro è affidato di regola al solo Presidente (2); il che, quando si rifletta alle importanti conseguenze che possono derivare dall'esclusione di un mezzo probatorio, non offre sufficiente guarentigia all'accusato. Ond'è che saviamente la legge napoletana ha prescritto che la *Gran Corte soltanto* possa ridurre i mezzi di difesa coll'escludere quelli che non hanno relazione alla causa, sempre peraltro dopo aver sentito l'imputato e il difensore, sotto comminatoria di nullità in caso diverso (3).

Colle pratiche, che noi venimmo accennando, il difensore ha esaurito le incombenze e le attribuzioni che le leggi italiane gli assegnano a favore dell'imputato nel periodo processuale anteriore alla trattazione definitiva. Allora egli, deve prepararsi collo studio del processo alla discussione, da tenersi nel giorno destinato dal Presidente, che ad istanza del difensore e del pubblico ministero per giusti motivi è abilitato a prorogarlo. Allora soltanto l'imputato e il suo difensore, secondo le leggi italiane, ponno entrare in rapporto coi giudici decidenti. Una sola eccezione riguardo a ciò si incontra nel Regolamento pontificio, il quale permette al difensore, preventivamente alla proposizione e discussione della causa, di influire sui giudici a favore del proprio cliente col dedurre e distribuire ad essi in iscritto o a stampa tutto che creda utile allo scopo della difesa (4).

La discussione finale concordemente dai vigenti Codici degli Stati d'Italia si vuole che abbia a seguire sempre *oralmente* rispetto alle cause criminali più gravi e in generale anche trattandosi di delitti minori; due sole eccezioni si presentano rispetto a questi, l'una nella legge toscana, che limita l'attività del difensore all'insinuazione di una scrittura difensionale (5) pei giudizii di semplice polizia; l'altra nel recente Codice estense di procedura criminale, pel quale nelle cause penali minori di competenza dei giusdicenti non v'ha discussione orale, ma il difensore è soltanto obbligato a rilasciare in processo entro un termine non mai

(1) Idem art. 284 e seg.

(2) Regol. organ. pontificio art. 595. — Dichiaraz. al Motuproprio toscano già citate art. 407, dalle quali è tuttavia permesso all'accusato di far comparire a *proprie spese* i testimonii esclusi dal Presidente. — Cod. di proc. crim. sardo art. 391. — Idem per gli Stati Estensi art. 274.

(3) Legge di procedura crim. per il Regno delle Due Sicilie art. 196.

(4) Regol. org. pontificio art. 598.

(5) Dichiaraz. ed istruz. del 9 novembre 1838 art. 216.

maggiore di giorni 20 la difesa scritta (1), dopo avere tuttavia opposto le eventuali eccezioni di nullità, e ottenuto l'eventuale completamento degli atti mediante nuove verificazioni e ripetizione di prova, a cui egli ha eziandio diritto d'assistere (2).

La difesa finale, sia che la discussione abbia luogo in iscritto ovvero oralmente, non deve mai mancare all'accusato nei casi in cui dalla legge è dichiarato necessario l'intervento del difensore a tutela di quello. Il difensore, che accettò l'incarico, non può omettere di insinuare nel termine prefissogli la scrittura difensionale, se la discussione si fa in iscritto, o, nel caso opposto, di comparire all'udienza destinata alla trattazione della causa, senza addurre validi motivi di giustificazione ovvero senza incorrere in pene disciplinari. Sempre poi l'accusato, il cui difensore legalmente o illegalmente non comparisse all'udienza o in genere non si prestasse a difendere, ha diritto di eleggersene un altro o dovere di accettare quello che nuovamente gli fosse nominato d'ufficio.

Nella trattazione orale dalle leggi italiane viene concessa in generale al difensore sufficiente libertà d'azione, ed influenza sull'andamento del giudicio, la quale peraltro è maggiore o minore secondo che nella trattazione stessa si rinnova l'istruzione del processo e vi si completa, ovvero si discute appena sulle risultanze dell'inquisizione scritta. — La libera attività del difensore, giusta i Codici di procedura penale dei paesi italiani, non è limitata che dal potere discrezionale affidato al Presidente, mercè del quale questi può fare od impedire ciò che giudica utile o inutile e dannoso allo scopo di raggiungere la verità ad eccezione di quei punti incidentali che per la loro importanza saviamente sono riservati all'intero consiglio giudicante (3); ed oltracciò è limitata dal dovere morale e legale, che ha il difensore, penetrato di sua missione, di servire soltanto alla verità ed alla giustizia. Questo dovere anche le leggi italiane, forse troppo sfiduciose, vogliono sia rammentato al difensore all'atto che si apre la trattazione finale, e che abbia una sanzione nelle pene disciplinari comminate a quei difensori, che usano nel disimpegno dell'affidatogli incarico trascuranza, raggiri, cavilli, e agiscono con slealtà (4).

Il difensore è ammesso a fare tutte quelle istanze e opposizioni sia in

(1) Codice di procedura crimin. per gli Stati Estensi art. 223.

(2) Idem art. 215, 216, 217.

(3) Cod. di proc. pen. ticinese art. 285 § 1, 524. — Legge napol. art. 232 — Cod. di proc. pen. parmense art. 360. — Regol. pontificio art. 434, 435, 436. — Dichiaraz. al Motuproprio toscano del 2 agosto 1838 art. 431. — Cod. di proc. pen. sardo art. 388-91. — Idem per gli Stati Estensi art. 270-4.

(4) Cod. di proc. ticin. art. 280, 357. — Legge napol. art. 561. — Cod. di pen. parmense art. 367. — Reg. pontif. 691. — Dichiaraz. al Motuproprio proc. toscano art. 481. — Cod. di proc. pen. sardo art. 571. — Idem per gli Stati Estensi art. 285 *a)*.

ordine che in merito della causa, che egli stimasse utili al proprio cliente, e a dichiarare, e dedurre tutto che alla difesa può giovare, ma in far ciò le leggi gli ricordano di contenersi col rispetto dovuto ai giudici e alle leggi: trascorrendo egli ad ingiurie, o immoderate espressioni, ad un contegno illegale, il Presidente ha diritto di levargli la parola, di escluderlo dalla difesa, e si potrebbero a lui applicare pene disciplinari, senza pregiudizio delle maggiori pene, quando il fatto fosse altrimenti punibile.

Quelle tra le leggi italiane, le quali pel principio che in genere si possa aver riguardo nel proferir la sentenza soltanto a ciò che immediatamente dalla orale trattazione risulta, stanziano, che in questa debbano riprodursi le prove già assunte nella preliminare informazione scritta ed eventualmente completarsi, danno modo altresì al difensore di influire sull'assunzione o rejezione e sull'esito di queste prove durante la trattazione orale. Epperò, riguardo alla prova testimoniale, per le leggi italiane può il difensore respingere quei testi che non gli fossero stati notificati in tempo utile; e, nel caso siano sentiti, dopo che il Presidente ha compiuto il loro esame, al difensore è lecito di muover ad essi, non meno che ai periti, tutte quelle domande, e provocare quegli schiarimenti, che lasciassero sperare un vantaggio per l'accusato. Se non che in ciò fare i Codici di criminale procedura degli Stati della Penisola, seguendo ancora la legge francese, non permettono che il difensore interroghi *immediatamente* e da sè i testimonii, i periti, ecc., ma dispongono che le interrogazioni dal difensore presentate sempre debbano aver luogo coll'*organo del Presidente* (1), nell'arbitrio del quale, pel potere di discrezione confidatogli, sta lo ammettere o respingere le proposte domande: pratica codesta, la quale, mentre da un canto non ha una ragione positiva, che la legittimi, dall'altro viola la libertà di difesa, e bene spesso anche quella parità di trattamento che tra l'accusa e la difesa mai non dee venir meno, laddove, come avviene presso tutte le nostre leggi meno la toscana (2), il pubblico ministero ha diritto di interrogare immediatamente i testimonii e periti senza ricorrere al mezzo del Presidente, e l'accennata restrizione pertanto si applica solo al difensore dell'accusato.

L'ultimo ufficio del difensore nella orale trattazione della causa si è finalmente quello di dedurre tutti i mezzi di difesa che la istruzione scritta e la finale discussione gli offrirono, per rovesciare i fondamenti d'accusa, che il pubblico ministero avrà contro il prevenuto elevati. E benchè anche per le leggi italiane, la parte pubblica possa replicare alle deduzioni del difensore, tuttavia a questo è riconosciuto inviolabile il diritto di

(1) Legge di proc. crim. pel Regno delle Due Sicilie art. 280. — Idem pel Ducato di Parma art. 380. — Reg. org. pontificio art. 420. — Dichiaraz. ed istruz. 9 novembre 1838 per la Toscana art. 464. — Cod. di proc. pen. sardo art. 418. — Cod. di proc. crim. per gli Stati Estensi art. 306 § 1.

(2) Dichiaraz. ed istruz. suddette art. 464.

parlare per l'ultimo (1). — Colle parole del difensore, e dell'acccusato si chiude la discussione della causa innanzi ai primi giudici.

Qual è la posizione del difensore dopo la prolazione della sentenza di prima istanza? — Avanti tutto giova notare, che i vigenti Codici italiani di criminale procedura, mentre ammisero in generale, come già si è veduto, che i giudici decider debbano secondo l'intimo convincimento, esclusero l'appellazione dalle decisioni dei primi giudici in quella parte che scioglie le quistioni di fatto (2), e permisero soltanto il ricorso in Cassazione per nullità. Fanno tuttavia eccezione all'accennato sistema, seguito nella maggior parte degli Stati Italiani, le leggi pel Cantone del Ticino e per gli Stati Estensi (3), le quali concedono l'appello per titolo di nullità non solo, ma anche per ingiustizia, se non che mentre la legge modenese riconosce l'ulteriore rimedio della revisione, questo è escluso dalla ticinese. Anche il Regolamento organico pontificio, che, a guisa del più gran numero delle nostre leggi, concede la facoltà di appellare in merito soltanto dalle decisioni dei primi giudici pronunciate intorno ai delitti *minori*, riconosce questi due gradi di giurisdizione ordinaria altresì rispetto ai delitti *capitali* (4).

Tanto nei giudicj d'appello, quanto in quelli di Cassazione il difensore *può* sempre, e talora *deve* necessariamente intervenire a favore del condannato. Ma peraltro il difensore, secondo la maggior parte delle leggi italiane, non può per sè solo e *indipendentemente* dal condannato interporre il ricorso d'Appello o di Cassazione, benchè al condannato sia lecito nell'interporlo di servirsi dell'opera e dei consigli del difensore (5). Quella facoltà è data nondimeno a quest'ultimo dalla legge napoletana (6), e dalla pontificia (7), ed anzi la prima delle citate legi-

(1) Codice di proc. pen. ticin. art. 267 N. 4, 288 — Legge di proc. crim. pel Regno delle due Sicilie art. 269 — Cod. di proc. crim. pel Ducato di Parma art. 400 — Regol. org. pontifi. art. 431 — Dichiaraz. ed istruz. 9 Novembre 1838 al Motuproprio toscano 2 Agosto dello stesso anno, art. 479. — Cod. di proc. pen. sardo art. 430 — Idem per gli Stati Estensi articolo 318, 376.

(2) Ciò si intenda rispetto ai reati più gravi, ai crimini cioè, misfatti, o delitti maggiori, giacchè rispetto ai reati minori, in vista della procedura sommaria e deficiente di molte guarentigie che si osservano nei giudicii di alto criminale, è ammesso in generale anche il rimedio dell'appello dalle sentenze dei primi giudici.

(3) Cod. di proc. pen. pel Cantone del Ticino art. 306 — Idem per gli Stati Estensi. Libro II. titolo III. e IV.

(4) Regol. org. pontifi. art. 13. 484.

(5) Cod. del proc. pen. ticin. art. 307 — Dichiaraz. ed istruz. al Motuproprio toscano del 2 Agosto 1838, art. 396. — Cod. di proc. pen. sardo art. 377, 378, 388 — Idem estense art. 343, 361.

(6) Legge di proc. crim. pel Regno delle Due Sicilie art. 306.

(7) Regol. org. pontifi. art. 484 e art. 729.

slazioni, nel caso di condanna importante pena di morte, ***non solo abilita*** il difensore a produrre il ricorso in Cassazione ***indipendentemente*** dal condannato, ma di più gli fa rigoroso ***dovere*** di presentarlo anche ***contro l'espressa volontà*** di lui sotto propria responsabilità personale (1).

Al condannato poi in generale è permesso di scegliersi il difensore che lo assista nella trattazione della causa innanzi ai giudici superiori. Ma per la legge degli Stati Pontificii alla ***discussione*** in sede revisionale non può intervenire se non che il difensore d'ufficio, benchè il condannato possa valersi di un difensore di sua confidenza antecedentemente alla discussione e cioè nel dedurre e nel presentare il ricorso e nel motivarlo (2).

Durante la discussione della causa innanzi al giudicio di Appello, e alla Suprema Corte di Cassazione, i doveri e i diritti del difensore sono quelli istessi che nella trattazione orale della causa in prima istanza noi abbiamo veduto essergli attribuiti dalle legislazioni dei varii Stati italiani, in quanto per altro dessi possano trovarvi applicazione, avuto riguardo alla diversa materia che può formar oggetto di discussione nei giudizii superiori.

Colla presente nota intorno alle condizioni attuali della difesa degli accusati negli Stati Italiani, noi abbiamo estimato di rendere più completa la pubblicazione della *Guida all'arte della difesa* del Chiarissimo Mittermaier, nella quale, benchè si debba ammirare una copiosissima notizia e comparazione di leggi, tuttavia non poteva trovar luogo una particolareggiata esposizione dei provvedimenti legislativi italiani intorno alla difesa degli accusati, la quale per avventura può tornare non inutile ed opportuna ai lettori italiani di quest'opera dell'illustre Criminalista tedesco.

(1) Legge di proc. crim. pel Regno delle Due Sicilie art. 308.
(2) Regol. org. pontifi. art. 732. e Circolare 7 Giugno 1832.

INDICE

SEZIONE I.

INTRODUZIONE

SEZIONE II.

DEGLI ARGOMENTI DI DIFESA, DELLE LORO FONTI, E DELLA MANIERA DI ERUDIRLI

SEZIONE III.

Della preparazione del difensore alla difesa

SEZIONE IV.

Della cura del difensore circa alla pienezza degli atti in riguardo alla prove di discolpa.

SEZIONE V.

I. PARTE STORICA.